SUPREMOS ERROS

decisões inconstitucionais do STF

Antonio Jorge Pereira Júnior
Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa
(Orgs)

Editora Fundação Fênix

CAPES

PPGD
Programa de
Pós-Graduação em
Direito Constitucional
UNIFOR

ISBN: 978-65-87424-28-6
9 786587 424286

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF

(Organizadores)

Antonio Jorge Pereira Júnior
Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa

Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

Série Direito – 06

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos; (Orgs).

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

294p.

ISBN – 978-65-87424-28-6

 https://doi.org/10.36592/9786587424286

Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD-340

1 STF. 2 Inconstitucionalidade. 3 Constituição Federal. 4 Competência. 5 Ativismo Judicial. 6 Abuso de Poder.

Índice para catálogo sistemático – Direito e disciplinas relacionadas – 340

AGRADECIMENTO

Cabe neste espaço agradecer aos autores que colaboraram com esta obra, bem como ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que viabilizaram tal publicação, em momento de intenso debate no País acerca dos limites de ação do Supremo Tribunal Federal.

O Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza recebeu a nota mais elevada dada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) aos Programas de Pós Graduação em Direito no último quadriênio (2017-2020). Destacou-se na região Nordeste como o único com tal reconhecimento. O PPGD-UNIFOR tem duas áreas de concentração: (1) Direito Constitucional Público e Teoria Política e (2) Direito Constitucional nas Relações Privadas. Uma vertente preponderante para o Direito Público e outra para o Direito Privado, a partir da Constituição.

O Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq), criado em 2013, está especialmente vinculado à perspectiva de estudo das relações privadas a partir da Constituição. Tem por objeto central de estudo a "autonomia" que a Constituição garante aos cidadãos e instituições. Um dos objetos de estudo do Grupo é a investigação da interferência de autoridades civis sobre a autonomia dos cidadãos e entidades, para garantir-lhes a amplitude de ação preconizada na Constituição. Nesse sentido, os temas de pesquisa com frequência tangenciam as áreas pública e privada.

Dentre as atividades do Grupo está o intercâmbio permanente com pesquisadores de variadas instituições, ramos e regiões do País que se dedicam a estudar ações que ferem ou colocam em risco a autonomia. Dentre tais, encontram-se decisões do STF que restringem a autonomia garantida na Lei Fundamental. Desse fato surgiu a proposta de, a partir do Grupo de Pesquisa, reunir estudos que ilustrassem momentos em que a Corte Suprema, guardiã da Constituição, teria infringido sua missão constitucional em detrimento da autonomia. Na presente obra reuniram-se estudos de renomados pesquisadores sobre decisões no âmbito do STF que direta ou indiretamente interferiram indevidamente na autonomia e na liberdade dos indivíduos e entidades. Desse modo, oferta-se à comunidade acadêmica e à opinião

pública um material apto a instigar a reflexão sobre o exercício correto do poder institucional da Corte Suprema, a partir da moldura constitucional.

Dentre as decisões que teriam exorbitado a competência constitucional do Tribunal Supremo, segundo os autores, estão: a equiparação judicial da união homoafetiva à união estável (2011); a fixação da multiparentalidade contrariando a lógica do sistema jusfamiliar (2018); a equalização parcial entre cônjuge e companheiro na sucessão, contrariando disposição de lei perfeitamente constitucional (2018); a restrição à manifestação de pensamento que contrarie interpretação de fatos históricos relacionados à comunidade judaica, qualificando tal atividade como crime de racismo (2002); a criminalização da homofobia, promovendo-se insegurança pela quebra da reserva constitucional do Legislativo como único Poder competente para definir crimes (2019). Também se traz ao livro crítica da quebra da garantia constitucional da presunção de inocência, ferida por decisão de 2016 e restabelecida em 2019 pelo STF.

Tem-se como interferência máxima na autonomia dos mais vulneráveis a autorização dada pelo STF para que fossem mortos os seres humanos em estágio embrionário (2008), usados como material de manipulação laboratorial, segundo a Lei de Biossegurança, bem como a licença para matar seres humanos que padecem de anencefalia, ainda durante sua gestação (2012). Também se investigou voto que tinha por finalidade promover precedente para facilitar a permissão para matar qualquer ser humano até o terceiro mês de gestação, em choque frontal com a garantia constitucional do direito à vida (2018).

Somaram-se ainda ao presente livro o estudo de situações contra a autonomia eleitoral dos cidadãos, quando da permissão para retroatividade da Lei da Ficha Limpa (2018); o abuso contra a livre manifestação nas redes sociais, por um inquérito que fere a lógica jurídico-judicial do direito pátrio (2019); a interferência sobre a autonomia da Polícia para conter o crime nas favelas do Rio de Janeiro (2020); o atropelo da autonomia do Senado para decretar, ou não, a prisão de um senador (2015), e a autonomia do Executivo para indicar pessoas para os cargos que são de sua competência, como aconteceu sob os mandatos dos presidentes Dilma Rousseff, Michel Temer e Jair Bolsonaro (2016, 2018 e 2020).

Por fim, vale recordar que as ideias expressas em cada trabalho são de responsabilidade dos autores, que permanecem abertos a críticas, no melhor espírito dialético da atividade científica.

Fortaleza, 27 de Outubro de 2020.

Antonio Jorge Pereira Júnior.
Professor Titular do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR).
Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-0

O Supremo e a "voz das ruas"

"O juiz é um produto do seu meio e do seu tempo. Nada mais indesejado do que o juiz ultrapassado que está isolado e encerrado, como se estivesse numa torre de marfim"
Min. Joaquim Barbosa[1]

O Supremo Tribunal Federal sofreu uma profunda transformação em seu funcionamento nas primeiras duas décadas desse novo século. De uma corte discreta e previsível, em que os juízes evitavam a todo custo manifestar sua posição político-ideológico e evitavam a imprensa, para não comprometer futuros julgamentos, converteu-se em uma fonte inesgotável de opiniões polêmicas e decisões oscilantes que comprometem por vezes a separação dos poderes e a estabilidade política do país.

O julgamento da ação penal 470, conhecida popularmente por "Caso Mensalão" aproximou a população da Corte. Mesmo com a transmissão das sessões pela TV desde 2002, nenhum outro caso antes havia chamado tanto a atenção da opinião pública[2]. A retórica que se tentava imprimir à época era outra, a de que os humores e paixões momentâneas das massas deveriam ser o verdadeiro guia do intérprete constitucional.

[1] Por ocasião de seu discurso de posse em 22 de novembro de 2012.

[2] Uma fala de Arnaldo Jabor ao Jornal da Globo de 09 de outubro de 2012 resumiu bem a mudança de sentimento quanto aos Ministros da Corte: "Antigamente víamos os Ministros do Supremo como homens distantes, quase inalcançáveis com suas capas negras 'voando' no céu de Brasília, acima da sociedade. Eles pareciam donos de uma sabedoria superior às nossas toscas consciências aqui em baixo. Mas esse julgamento está nos mostrando uma nova 'cara' da Justiça brasileira que aos poucos deixa de ser cega e surda. A voz popular já é respeitada por eles. Aliás, que 'papo' é esse de alguns juízes que se dizem imunes à influência da opinião pública. Eles têm que ver sim, o rumo que a história do país está tomando. Em meio a suas frases solenes, já vemos em seus rostos a alegria da coragem e a depressão da covardia. Vemos como os mesmos artigos do Código Penal, podem ser usados para a verdade e para a mentira. Vemos as pessoas humanizadas até por seus defeitos e, principalmente, vemos como ficaram antigos os 'macetes' dos 'mensaleiros' de sete anos atrás, como ficou ridícula e superada aquela estratégia de enganação, ficou tudo de 'época', arcaico diante da normalidade viva da TV. Vemos até como é irônico e emocionante que o Ministro relator 'preto', bisneto de escravos, tenha sido escolhido pelo destino para nos libertar de uma impunidade secular. Nesse julgamento vemos nosso progresso, os juízes agora têm 'cara' e isso é uma grande conquista da democracia. Eles são como nós!"

Tão nova e estranha ao Direito, aquela forma de argumentar era bradada a plenos pulmões pela então estrela da Corte, Ministro Joaquim Barbosa. Em sessão realizada no dia 6 de dezembro de 2012 (em que se julgava o caso Mensalão), ao cobrar celeridade do Ministro Ricardo Lewandowski, nosso herói fala em nome da nação: *"A nação não aguenta mais. Está na hora de acabar, está na hora. Como diriam os ingleses: Let's move on [Vamos seguir em frente]"*. O ministro falava em nome da "nação", como faziam os políticos na era do rádio e dos comícios.

É evidente que o que podemos chamar de populismo judicial é uma completa subversão do papel do poder judiciário, em especial da Corte constitucional, que longe de ser instrumento da vontade política da maioria transitória, deve servir à vontade da maioria fundadora, ou seja, dos constituintes, prismada no texto constitucional.

Muitas críticas surgiram naquele ponto, críticas essas que louvavam a função "contramajoritária da corte" e defendiam um judiciário solipsista, que colocasse o texto constitucional à frente do momento político, demarcando fortemente a fronteira entre os campos político e jurídico. Enquanto juristas de todo o país se levantavam contra esse "mau" funcionamento da corte, em plenário, o primeiro a se rebelar contra isso foi, o então "novato", Luiz Roberto Barroso. Em discussão com Marco Aurélio Mello, na sessão de 12 de setembro de 2013, assim disse:

> *"Não estou almejando ser manchete favorável. Sou um juiz constitucional, me pauto pelo que acho certo ou correto. O que vai sair no jornal no dia seguinte, não me preocupa". "Eu cumpro o meu dever. Se a decisão for contra a opinião pública é porque este é o papel de uma Corte constitucional (...)*
> *"opinião pública é muito importante numa democracia", mas não deve pautar os votos dos ministros. "A multidão quer o fim deste julgamento. E devo dizer que eu também. Mas nós não julgamos para a multidão. Nós julgamos pessoas. Eu não estou aqui subordinado à multidão, estou subordinado à Constituição."*

O Ministro Barroso anunciava, talvez sem perceber, a nova retórica que tomaria parte nos debates constitucionais da corte na década que se iniciava. A nova retórica de que a Corte deve servir à Constituição, às vezes fazendo valer seu texto, às vezes com amparo de exóticas interpretações, ajudando assim a "salvar" a maioria (da população) dela mesma. A multidão, que não conhece o que é o bem para ela mesma, precisa de guias iluminados, que levarão o país para o futuro, como se verá à frente.

Embora essa tenha sido a retórica dominante nos últimos anos, por vezes o argumento contrário pode ser visitado ocasionalmente, com a defesa do pleno oposto, como se pode ver no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, por ocasião da ADC

43/DF, em que se decidia sobre a possibilidade de execução provisória da pena de prisão após o julgamento em segunda instância. Vejamos:

> *Os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação e demarcam as possibilidades de sentido da norma. Na terminologia tradicional, fornecem a moldura dentro da qual o intérprete poderá fazer escolhas legítimas. Não escolhas livres: dentro das possibilidades de sentido de uma norma, o intérprete deverá escolher a melhor. Não as de sua preferência pessoal, mas a que mais adequadamente realize os valores constitucionais e* ***o interesse da sociedade.*** *Observe-se que respeitar os direitos fundamentais com proporcionalidade faz parte do interesse da sociedade. Não são coisas antagônicas.*
> *Confira-se, a esse propósito, a dicção expressa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". 10. É disso que estamos cuidando aqui: identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum. Basicamente, determinar se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo – sabendo-se que o percentual de absolvição é de menos de 1% – ou o interesse da sociedade de que o crime não compense e que o direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem.*
> *(...)*
> *Concluindo, então, esse tópico, penso estar desfeita a crença de que se cuida aqui, tão somente, de se atribuir sentido a textos normativos vistos isoladamente, sem qualquer conexão com a realidade e o impacto que sobre ela se produzirá."*

Curiosamente, no mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello defendeu uma posição solipsista por parte da Corte, refluindo de seu posicionamento de 2013 para concordar com Barroso, que, por sua vez, reformulou seu posicionamento de 2013 para concordar com Mello. Tais oscilações de opinião, com multiplicidade de critérios, tornam impossível prever qualquer votação do STF, exceto, é claro, por meio de entrevistas e declarações públicas de seus membros. Esses hábitos ainda preocupam menos do que aquilo que passaremos a expor agora, qual seja, uma retórica salvacionista, quase messiânica, acrescentaríamos.

A Nova Retórica do STF

Um engenhoso deslocamento semântico transformou "direitos contrajamoritários", tradicionalmente entendidos como uma pequena parte de normas legais que não estariam passíveis de alteração por maiorias parlamentares transitórias, fora transformado em "direitos das minorias". Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a labutar no que podemos chamar de "fetiche minoritarista", ou seja,

no entendimento de que as posições políticas têm mais valor quando comungadas por menos pessoas. Não por outra razão, partidos comumente derrotados, tanto nas urnas quanto nos debates parlamentares, são muita vezes os propositores de bem sucedidas medidas judiciais junto à corte.

Se buscar interpretações constitucionais que agradem à população era uma deturpação da função constitucional da Suprema Corte que a tornava, inclusive, desnecessária, a busca por interpretações que agrade à minoria é ainda mais perigoso, pois coloca em xeque o próprio regime democrático.

Em recente artigo[3], o Ministro Luiz Roberto Barroso atribuiu ao Tribunal três funções: contramajoritária (no novo sentido); representativa; e iluminista. A primeira função, tomada em seu sentido original, é de fato, uma das funções de uma Suprema Corte em sistemas jurídicos em que hajam cláusulas constitucionais imutáveis. Porém, o sentido de que a Corte deve resguardar os direitos das minorias é incompatível com a democracia. A democracia é o regime da maioria, às vezes da maioria temporária (representada pelos políticos eleitos), ora representada pela maioria fundadora (os constituintes).

A segunda função pertence ao legislativo e não ao judiciário. É àquele poder que compete representar os inúmeros grupos de interesse que compõem uma sociedade. Mas, se o parlamento está funcionando normalmente, a quem pretende representar o Ministro Barroso? Obviamente, aos que não estão no parlamento, ou seja, os não eleitos, ou que estão em minoria. Em outras palavras, deseja representar os projetos políticos que foram rejeitados pela maioria da população. Então, se projetos políticos derrotados nas urnas são prestigiados no STF, quais as alternativas para a população?

E última função, que parece uma proposição original do Ministro, é de todas a menos compreensível. Não é possível revolver o passado para compreender a expressão. Estaria se referindo ao iluminismo francês? Ora, para os iluministas o juiz era a boca da Lei, e o poder mais importante era o legislativo. Seria o iluminismo do Tribunal Revolucionário Francês, que executava 300 pessoas por dia, em julgamentos que duravam 10 minutos? O Ministro explica que por vezes cabe à Suprema corte o mister de “empurrar a história”, e nisso consistiria seu iluminismo. Os ministros

[3] Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, Publicado na revista “Direito e Praxis”, Volume 09, nº4, 2018. Disponpivel em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806

seriam guias iluminados para um futuro mais justo. Eles "iluminariam" pontos obscuros da sociedade brasileira, que precisariam de modernização. Mas que futuro seria esse? Quem decidiria o que será nosso futuro? Se a população deve decidir sobre seu futuro nas urnas, temos uma democracia (com todas as suas falhas e limitações). Se quem decide é um líder (ou pior, um juiz não eleito), temos o puro arbítrio.

Pelas funções atribuídas à corte pelo Ministro podemos perceber que esta pretende substituir o legislativo, e o executivo (que devem funcionar apenas supletivamente e sob autorização) e substituir o próprio eleitorado, formando uma espécie de *geist* insondável da "democracia brasileira", ao qual não há mecanismos para conter.

Declarações a atitudes de outros membros da atual composição do STF parecem confirmar o uso do poder institucional da Corte ao arrepio dos limites e condicionantes determinados pela própria Constituição. O Ministro Gilmar Mendes declarou em evento da Advocacia Geral da União, no dia 6 de abril de 2020, que o STF não "validaria" decisões do Governo que fossem de encontro a recomendações da OMS em face da pandemia do coronavírus. A questão é: com que autoridade o Ministro pode afirmar que uma deliberação política do Governo Federal, com autoridade constituída no País, deve estar subordinada a uma recomendação da Organização Mundial de Saúde, que não detém poder interno e não representa a soberania estatal? E, para além disso, baseado em que fundamento o STF anularia tais decisões? Não houve atribuição ao STF de tal poder. De rigor, não existe poder para o STF desautorizar atos discricionários do Poder Executivo. O julgamento político das medidas de um governo são objeto do juízo das urnas e das medidas de caráter político. O máximo que poderia ser questionado perante o STF seria efetivo e comprovado prejuízo a direitos fundamentais em razão de alguma decisão de autoridades civis. Mas não era sobre isso que o Ministro Gilmar Mendes se manifestava. Estava antes a arrogar a si e ao STF um poder político absoluto.

No dia 28 de julho, o então presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, durante entrevista dizia "*Nós, enquanto Judiciário, enquanto Suprema Corte, somos editores de um país inteiro, de uma nação inteira, de um povo inteiro*". A afirmação vem no contexto de uma tentativa de justificar o inquérito das "fake news", uma das maiores anomalias jurídicas perpetradas na História por presidente da Corte e pelo Ministro por ele designado para conduzir o inquérito, Alexandre de Moraes. A situação ficou

pior quando tal procedimento foi referendado pelo plenário, com exceção do voto preclaro do Ministro Marco Aurélio, em face de relatoria surreal do Ministro Edson Fachin, de constranger qualquer professor de hermenêutica constitucional básica. Ora, não cabe ao STF ser o editor ou o dicionário do que se deva compreender como "fake news", assim como outros diversos temas de interesse da opinião pública. Caso seja incumbência de algum poder na República, seguramente seria tarefa do Legislativo, onde estão os representantes autênticos do povo, e se consumaria no Parlamento, onde as diversas compreensões acerca da liberdade de expressão seriam contrastadas até se chegar a um texto próprio do consenso democrático. Quando um ministro do STF arvora-se como a voz da nação, está nesse exato momento cancelando a democracia representativa e a lógica da separação dos poderes, cláusula pétrea constitucional. Portanto, está indo contra a Constituição, ao invés de protegê-la.

De tal forma o poder do STF tem sido instrumentalizado para além de sua competência constitucional, que Ministros têm agido em flagrante oposição política ao atual governo, chamado, inclusive, de “desgoverno” por uma Ministra em exercício[4], antes de se ocuparem e de se aterem ao que reza a Carta de 1988. Um dos episódios mais recentes teve o Ministro Fachin por protagonista. Atendendo a pleito do Partido Verde, de oposição ao Governo, ele desdisse o que havia dito em 2016, quando afirmou ser conforme à Constituição o mecanismo de escolha do reitor das universidades federais (Lei 9.192/95). Naquela ocasião o Ministro Fachin dizia que "não há hierarquia" dentro da lista tríplice e que "o presidente pode escolher livremente o nomeado". Na ocasião, ele foi relator do Mandado de Segurança 31.771, em face de uma escolha da Presidente Dilma relativa à reitoria da Universidade Federal do Mato Grosso em 2012. Entendeu o Ministro, então, que o Presidente da república poderia escolher qualquer um dentre os três nomes que lhe são encaminhados pelo Conselho Universitário como aptos para o cargo. Pois bem, em 9 outubro de 2020 o Ministro disse que tal procedimento seria inconstitucional e que caberia ao Presidente apenas escolher o primeiro nome da Lista. Atropela-se a Lei, a Constituição e a jurisprudência do próprio STF. A matéria ainda está *sub judice*. Seria julgada até 18 de outubro, Mas, no dia 16 de Outubro, quando estava com o placar de três a três no plenário virtual, o

---

4 https://noticias.uol.com.br//2020/06/24/acho-dificil-superar-a-pandemia-com-esse-desgoverno-diz-carmen-lucia.htm

Ministro Gilmar Mendes pediu destaque à matéria e retirou do plenário virtual, para que seja avaliada em sessão presencial da Corte, sem data prevista para tanto.

O grau de interferência e exorbitância do STF parece maior, ainda, sob o atual governo. Ao ser questionado por um apoiador no Facebook, sobre a visita que fizera à casa do ministro Dias Toffoli, com Davi Alcolumbre, presidente do Senado Federal, e o Desembargador Kassio Lima, quando da definição de quem indicaria para a vaga de Celso de Mello na Corte, o presidente Jair Bolsonaro respondeu-lhe que fazia isso porque "precisa governar". Opositores ao Governo têm usado como nunca o STF para dificultar ao máximo as medidas do Executivo, em manifesta estratégia de travamento do Governo, sendo acolhidos por alguns Ministros. De tal forma esta situação se evidenciou que, no dia 19 de agosto, o Ministro Marco Aurélio disse que o Supremo Tribunal Federal estava sendo usado por partidos de oposição como uma maneira de fustigar o governo do presidente Jair Bolsonaro. "Como já disse em sessão, do caso Abin, o Supremo está sendo utilizado pelos partidos de oposição para fustigar o governo. Isso não é sadio. Não sei qual será o limite". O comentário do Ministro foi feito quando o plenário do STF julgou ação do PSB que questionava decreto presidencial que atribuía mais poderes à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) para acessar dados dos cidadãos. Novamente: não cabe ao STF interferir nos atos de gestão, sem efetivada comprovação de prejuízo real aos direitos fundamentais.

Em face de uma nova retórica, os ministros têm usurpado a competência do Povo, ao ignorar os limites de seu poder e ditar conteúdos novos à Constituição, modificando-a, como se tivessem poder constituinte; têm chamado a si a competência do Legislativo, ao se colocarem como legisladores pela via judicial, criando inclusive tipos penais novos, em escancarada afronta aos limites constitucionais de seu poder; e, por fim, têm atuado como se tivessem o máximo poder Executivo, ao escrutinar e interferir em medidas de gestão, como se integrassem a Administração Pública, forçando que o Governo Federal se ajuste a seu gosto pessoal.

O Juramento

Ao tomar posse no Supremo Tribunal Federal os Ministros prestam um juramento: “Prometo bem e fielmente cumprir os deveres do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a Constituição e as leis da

República". Não prometem criar leis, nem políticas públicas; não prometem transformar a sociedade, nem evocar o futuro, nem iluminar coisa alguma. A Promessa do ingressante no cargo é a de submissão às leis (expressão da vontade do povo) e à constituição (expressão das decisões daqueles que foram escolhidos para criar os fundamentos de nossa ordem jurídica).

A promessa não está sendo cumprida e os efeitos têm sido sentidos na sociedade, no governo e especialmente no Direito. O descrédito da instituição, os choques com outros poderes, a insegurança jurídica que afasta qualquer um que queira acreditar no país, são o preço pago por uma população que enganada por promessas de políticos eleitos, não tem meios para cobrar as promessas de autoridades não eleitas.

Os trabalhos da presente obra

Constam deste livro 16 trabalhos de juristas renomados - mais Prefácio e Apresentação-, praticamente todos doutores e pesquisadores em direito por grandes Universidades. A intenção foi mostrar que a impressão de que a Suprema Corte tem andado por maus caminhos não é algo de leigos, mas também dos que se debruçam sobre o Direito Nacional. Também serviu para mostrar que as críticas ao Supremo não têm natureza político-partidária. A desconfiança em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal é um dos poucos consensos, em um país em que a política se polarizou radicalmente. Este modesto volume, serve, por fim, de testemunho, para que, no futuro, quando perguntarem se alguém disse algo no tempo em que a Constituição da República era violada em nome da Democracia e dos Direitos individuais, possamos dizer: nós.

Antonio Jorge Pereira Júnior.
Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa.
Coordenadores.

PREFÁCIO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-01

Michel Temer[1]

O contraditório é uma das marcas fundamentais garantidora dos direitos individuais. Inscreve-se no art. 5º, inciso LV, ao lado do direito da ampla defesa em todos os processos, judiciais ou administrativos. Contradizer significa "dizer contra" ou, ainda, mostrar incoerências numa fala, num escrito ou numa decisão.

Em matéria jurídica o contraditório nasce da interpretação diferenciada da ordem jurídico-constitucional ou infraconstitucional. Ora interpretação literal, ora sistêmica, ora até histórica.

Na literal, não há o que discutir. A clareza do texto brilha fulgurantemente impedindo interpretação destoante da "litera". Não é sem razão que os latinos apregoaram "in claris cessat interpretatio". Na sistêmica, a letra do texto examinado não é suficiente para solucionar o litígio. Daí o exame de todo o sistema constitucional ou legal para revelar a solução do tema discutido. A interpretação histórica é, a meu perceber, de menor valor servindo apenas como fundamento teleológico na busca de revelar a "intenção do legislador". Para tanto, o exame das discussões legislativas havidas durante a tramitação do texto normativo servirá de fundamento para indicar o real objetivo da norma jurídica. Deve, entretanto, ser levado em conta para sustentar mais fortemente a interpretação literal ou sistêmica. É o que fazem os operadores do Direito, sejam advogados, juízes, promotores de justiça ou delegados. Naturalmente, também, pareceristas e consultores.

Desses embates interpretativos é que nasce a solução final. Certo é, porém, que a interpretação final, definitiva, é aquela dada pelo Supremo Tribunal Federal. Este, por sua vez, pode decidir de maneira contrária ao que estabelece a Constituição Federal? A resposta é afirmativa. Porém, com a devida licença, inútil, tendo em vista a afirmação de que a última palavra é dada pela Corte Suprema. Foi Ruy Barbosa quem disse que o Supremo Tribunal tem o direito de errar por último. Mas é último.

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Presidente e Vice-Presidente da República. Foi Presidente do Congresso Nacional por duas vezes. Foi Presidente Nacional do MDB. Foi Procurador Geral do Estado de São Paulo. Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ)

Portanto, definitivo. E aqui a indagação: podem suas decisões serem contraditadas doutrinariamente por vozes que as considerem equivocadas? Podem, sem dúvida. Tudo com vistas a que, em decisões futuras, possam tais doutrinas serem levadas em conta.

Sem entrar no mérito das matérias elencadas neste volume, em artigos redigidos por juristas da melhor envergadura acadêmica e científica, é o que faz este trabalho exemplarmente dirigido pelos pelos Professores Antonio Jorge e Milton Gustavo. Não se trata, a meu ver, de contestação às decisões, mas de colaboração para futuras apreciações. Compativelmente até com esquema das decisões proferidas na Corte Suprema quando se verificam votos vencedores e vencidos.

A leitura deste trabalho que os Professores Antonio Jorge Pereira Júnior e Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa me deram a honra de prefaciar será extremamente útil para todos aqueles que cotidianamente se debruçam nos estudos para identificar o real conteúdo de uma norma jurídica.

São Paulo, 5 de Outubro de 2020.

(32º aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil).

1. CASO ELLWANGER: DESPOTISMO JUDICIAL ILUSTRADO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-1

André Gonçalves Fernandes[1]

1) Genealogia do caso

Siegfried Ellwanger é escritor e proprietário de uma editora de nome "Revisão", a qual se destina a publicar livros de revisionismo histórico. Dedica-se à publicação e divulgação de obras que exploram uma outra visão dos fatos ocorridos na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, chegando a negar, ao longo de algumas de suas obras, que os judeus tenham sofrido o Holocausto.

Acusado de racismo contra o povo judeu, por difundir obras de conteúdo antissemita, Ellwanger foi julgado, em primeira instância, em 1996 e condenado a dois anos de reclusão, convertida em suspensão condicional da pena consistente na prestação de serviços comunitários por quatro anos.

Tendo apelado para o TJRS e para o Superior Tribunal de Justiça, foi derrotado nas duas instâncias. No STF, em 2004, alegou que discriminação e antissemitismo não compõem um crime racial – pelo que pretendia descaracterizar o suposto delito, a fim de se safar da imprescritibilidade e da inafiançabilidade desse tipo legal –, fundado no exercício do direito de liberdade de expressão, até por sua condição profissional de escritor.

Teve o *Habeas Corpus* denegado por maioria: oito votos contra (Ministros Maurício Correa, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Celso de Mello, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence) e três a favor (Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto) num julgamento que durou quase nove meses.

Interessante notar que, neste caso, a definição da amplitude semântica do conceito de raça para fins legais é tratada longamente em quase todos os votos, mas a

---

[1] Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Filosofia e História da Educação pela UNICAMP. Bacharel em Direito pela USP. Bacharel em Filosofia pela Faculdade de São Bento (SP). Juiz de Direito (TJSP). Juiz Formador da EPM (Escola Paulista da Magistratura) e da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Detentor de prêmios em concursos de monografias jurídicas e de crônicas literárias. Membro da Academia Iberoamericana de Derecho de la Família y de las Personas, da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Professor Visitante da Universidade de Navarra, Espanha. Professor-Coordenador de Filosofia e Metodologia Jurídica do CEU Law School (SP).

verdadeira *ratio decidendi* circunscreve-se ao conflito de dois princípios constitucionais de grande envergadura: o da liberdade de expressão, concretizado num suposto *hate speech*, *versus* o da dignidade da pessoa humana, tendo este se sobressaído no julgamento do *habeas corpus*, devidamente denegado, em prejuízo da pretensão acautelatória do paciente e, a nosso ver, no labor intelectual de aquilatação dos bens da vida em jogo, de forma inconstitucional, conforme explicitaremos adiante.

2) Crítica à motivação da posição vencedora

Acentuaremos, por questão de espaço, nos votos mais representativos da maioria e da minoria, os pontos que mais interessam para nossa investigação intelectual. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, defendeu que a liberdade de expressão, tutelada constitucionalmente, não abarca a incitação ao ódio público, visto que isso feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como um elemento fundamental da República, na medida em que

> refiro-me ao princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte constitucional. (...) A intolerância e as consequentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado e ao Supremo Tribunal Federal.

O mesmo Ministro também analisou o conceito de racismo e proferiu entendimento no sentido de que este não se resume a uma ordem estritamente biológica, de forma a englobar dimensões culturais e sociológicas, “[...] além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social [...]”.

Dessa forma, o aludido Ministro considerou que as publicações de Ellwanger extravasaram os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, sendo consideradas, então, insultos e ofensas que estimularam a intolerância e o ódio público pelos judeus. Segundo ele, em seu voto,

> isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Na visão do Ministro, o caso Ellwanger não apresenta uma situação de conflitivismo entre valores essenciais, porque a dignidade da pessoa humana e a igualdade são limitações externas à liberdade de expressão. Assim, o Ministro Celso de Mello defendeu que comportamentos abusivos tendentes a disseminar o ódio contra outros indivíduos não podem ser considerados uma forma de expressão, mas um crime.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que o conceito de raça é decorrente de concepções históricas, políticas e sociais e não apenas científicas. Na apreciação do *hate speech*, o Ministro citou primeiramente Kevin Boyle, que defende existir um conflito entre dois direitos democráticos – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação, corporificado na igualdade política.

Nesse sentido, o mesmo Ministro julgou ser possível a utilização de livros e opúsculos como instrumentos de crime de discriminação racial, conforme já criminalizado, pacificamente, por diversas cortes constitucionais europeias, desde o advento da segunda metade do século XX, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade e na tipificação das leis penais dos países deste continente. Nos termos de seu voto,

> [...] da mesma forma, saliento que não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes utilizou o princípio da proporcionalidade para solucionar a colisão entre liberdade de expressão e dignidade humana, método que possui etapas específicas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – para fundamentar a ponderação do peso relativo de cada princípio no caso concreto.

De acordo com o Ministro, o princípio da proporcionalidade é uma exigência positiva e material, mormente quando se trata de atos restritivos de direitos fundamentais, pois combate o limite último na restrição de tais direitos em prol da demarcação das balizas juridicamente válidas no exercício de um e de outro princípio em xeque.

Sob ângulo diverso, da parte da minoria vencida, os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto, os quais concederam o *habeas corpus* ao escritor gaúcho, enveredaram por outra interpretação de ambos os princípios. À luz de seus argumentos, podemos extrair:

a. a falta de trechos explícitos nas publicações que exprimissem agressões discriminatórias e criminosas ao povo judeu (ausência de *hate speech*);

b. a conotação semântica de raça em sentido histórico e estrito;

c. a defesa da expressão de qualquer tipo de pensamento, mesmo aqueles aparentemente absurdos, extremistas ou mesmo carentes de verificação histórica ou científica;

d. a ausência de perigo real e imediato decorrente como efeito social das publicações da editora de Ellwanger;

e. a inexistência de sentimentos históricos de repulsa ao povo judeu por parte dos brasileiros.

Em síntese, o posicionamento dos três Ministros vencidos baseou-se na supremacia da liberdade de expressão, a fim de tornar a democracia brasileira uma vivência real e consolidada numa sociedade aberta e pluralista, somado ao fato de que, nessa mesma óptica, uma obra com eventual conteúdo discriminatório não importa necessariamente, como numa espécie de mecânica sociológico-causal, que todos seus leitores irão concordar ou mesmo encampar eventuais ideias esdrúxulas, a ponto de mudar toda uma realidade político-social, algo que demandaria mais elementos etnológicos e históricos.

Na mesma toada, a posição vencida, em linhas gerais, salientou que as limitações à liberdade de expressão não podem ser feitas em suposições, sem uma demonstração clara do ânimo racista e da iminência do risco social de racismo que essa opinião deve gerar. A liberdade de expressão, ainda mais vivida por um indivíduo que faz da escrita sua profissão, demanda a diversidade de opiniões, conceitos e ideias, por mais que pareçam absurdas ou organicamente enraizadas, além da possibilidade de se confrontar, no duelo de linhas, com o pensamento histórico majoritário que, no caso em estudo, faz um libelo narrativo do Holocausto, o genocídio do povo judeu, fato que, inclusive, endossamos irrestritamente.

Ainda foi sopesado o fato de o escritor, assim como outros, ter uma opinião sobre uma série de dados históricos ocorridos não se confunde, necessariamente, com a proliferação de ideias que criem um movimento xenófobo ou discriminatório, o que se aplica mesmo a um perfil histórico revisionista do Holocausto e a uma metodologia científica que não se coaduna com aquela reinante entre os historiadores da atualidade.

Encerrado o relatório dos votos, passemos ao desenvolvimento crítico-acadêmico. Sabemos que os efeitos nocivos de um agir comunicativo são reconhecidos tanto pelo sistema americano quanto pelo sistema europeu de proteção à liberdade de expressão. Ambos condenam esse tipo de discurso. A diferença é que, no caso americano, esse discurso é evitado por meio de sua pura e simples permissão, ao passo que, no europeu, existe a simples e pura proibição no afã de se proteger a dignidade e a honra das suas vítimas.

Na prática, o sistema europeu pune os discursos nocivos (incluído o *hate speech* ou discurso de ódio), ao custo de determinadas opiniões no contexto social (nivela por cima) e o sistema americano os permite, desde que não se resulte numa ação ilegal imediata, a fim de assegurar que poucas opiniões não sejam ventiladas no debate público e que o mesmo debate público acabe por fazer sobressair as melhores (nivela por baixo). No caso decidido pelo STF, a corte inspirou-se no modelo europeu ainda que não haja, na lei positiva, qualquer vedação ao discurso de ódio.

A tradição brasileira sempre foi a de privilegiar a liberdade de expressão, com o intuito de se assegurar a formação de uma opinião pública livre e informada. Acreditamos que a simples proibição do discurso de ódio, na linha da visão europeia, não é compatível com os demais valores constitucionais, somado ao fato de que um

corte judicial no retrato do debate público – determinando o que pode ou não ser pensado na arena social – lembra mais um despotismo judicial ilustrado, em prejuízo da coexistência pacífica de ideias e opiniões, por mais estapafúrdias que muitas delas sejam intelectualmente.

A liberdade de expressão, tida como elemento essencial ao regime democrático brasileiro, demanda o intercâmbio das mais diversas opiniões e correntes filosóficas e políticas, de sorte que não só o *establishment* intelectual hegemônico seja ouvido, mas também a minoria que dele discorda, independentemente da hermenêutica argumentativa adotada.

Do contrário, corremos o risco do império da "tirania da maioria", segundo a consagrada expressão de Tocqueville, na formação das consciências dos indivíduos e, para tanto, é preciso permitir o justo acesso a todos na arena da discussão pública, formada pela academia e pela opinião publicada, o melhor filtro epistemológico das ideias que devem e das que não devem gozar de respeitabilidade intelectual.

Assegurar a liberdade de expressão consiste em assegurar um espaço público de debate, concretizado a partir de uma multiplicidade de atores e protagonistas ligados a diversas igrejas, escolas, empresas, sindicatos, organizações culturais, escolas e corpos intermediários detentores de visões as mais díspares possíveis. O melhor *locus* para se polir e se testar os limites de boas ou más ideias é na arena social. Em seu entrechoque, livre e assegurado pelo *rule of law*, podemos alcançar as melhores sínteses ou perspectivas de respostas que atendam aos reclamos na solução dos problemas da práxis social.

Sabemos que uma árdua tarefa, em toda sociedade democrática, está em aquilatar, ao mesmo tempo, a liberdade de expressão e a proibição da discriminação, ainda que fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque envolve a *verdade prática* a ser buscada aqui e agora nessa historicidade localizada. Nesse particular, tolerar o discurso de ódio, por mais risível que seja seu lastro teórico, não significa concordar com ele ou aprová-lo.

Permitir a livre expressão de opiniões antidemocráticas, xenófobas, nacionalistas, racistas ou revisionistas não implica em estar de acordo com seus protagonistas e nem mesmo em dialogar com eles, quanto mais em conceder o reconhecimento público que esperam. Assegurar um acesso ao debate público é, no fundo, repudiar a intolerância intelectual, de molde, inclusive, a respeitar a vida

intelectiva do homem, faculdade operativa antropológica que justamente nos diferencia de todo o mundo dos seres vivos e que, somado à nossa condição de criatura *imago dei*, fundamenta, ontologicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma sociedade sadia deve se legitimar no debate público. Admitir-se que qualquer ideia possa ser veiculada livremente é, no fundo, fazer com que os membros dessa sociedade aprendam a discernir, deliberar e formular um juízo de valor sobre as ideias que merecem ser vivenciadas na práxis social em prol do bem comum, descartando ou tentando aprimorar – no teatro social e não no plenário de uma corte – aquelas que possam atentar contra isso.

Para Mill (MEYER-PFLUG, 2010: 228),

> deve o Estado assegurar a liberdade de expressão e zelar pelo livre debate público, pois ele é o elemento essencial para a busca da verdade. Nesse sentido, não existe nenhum argumento que justifique a proibição de expressão de uma determinada ideia ou opinião, como o discurso de ódio, mesmo que esta seja errônea ou inverídica, pois ainda sim sua manifestação é importante para chegar à verdade. A verdade terá mais chances de aparecer como uma consequência natural de um debate livre e aberto ou, como ele denomina, a partir de um "mercado de ideias" (...). A *freedom of political speech* é condição basilar para a formação de um debate público plural, independente e consciente.

Aqui, temos um ponto crucial na busca da *verdade prática* a ser buscada no seio social: a relação entre verdade e liberdade. A liberdade está associada a uma certa medida: a medida da realidade que, por sua vez, em termos tomistas, corresponde à verdade. Então, para buscarmos a verdade das ideias que se refletem na práxis, suprimir o discurso nocivo, como no caso do suposto *hate speech* apreciado no *habeas corpus*, é impedir que a liberdade atue eficazmente nesse sentido.

Todavia, não ficamos só nisso, porque a eliminação do discurso nocivo pressupõe um certo despotismo judicial ilustrado: o magistrado incorpora uma função deliberativa daquilo que acredita ser a *verdade prática* historicamente situada e, em casos mais patológicos, professa um messianismo político-social, porque crê estar antevendo, por um juízo estritamente particular, aquilo que é próprio da deliberação acadêmica e social, onde o juízo final é formado por um fecundo e maior entrechoque das opiniões de seus atores.

Nesse sentido, tal despotismo impõe sua interpretação sob o manto de uma decisão judicial, mas esse manto é diáfano e, por isso, podemos observar, a partir da

carência da intermediação de um processo deliberativo social, toda sua fragilidade intrínseca e, por mais ilustrados que sejam seus fundamentos, eles continuam a cortejar com o despotismo na forma de pensar e decidir.

No que concerne à *verdade prática* a ser buscada na concreticidade do agir histórico de uma dada sociedade, trata-se de um aspecto mal compreendido, pois, na atualidade, há um progressivo abandono, em muitas órbitas da vida social, da ideia de *verdade prática*, movido por postulados filosóficos contemporâneos – antimetafísicos ou de filosofia política – que se desinteressam ou mesmo negam a busca da verdade teórica, a se refletir na *verdade da práxis*.

Marías (apud LEGA, 2003:537) propõe que

> um programa para o século XXI poderia ser a reconciliação do homem com a verdade. Um retorno a Sócrates. Isso seria, por suposto, a reconciliação do homem consigo mesmo, isto é, com sua condição pessoal, com sua irrenunciável liberdade que possibilita a verdade, com sua dupla realização como homem e mulher, com sua historicidade, com sua mortalidade, com sua esperança e, ao cabo, com sua absoluta necessidade para buscar a verdade, a fim de nutrir-se dela. Quando o homem aceita a verdade das coisas, ele aceita a si mesmo.

A *verdade prática*[2] é uma verdade contingente e mutável de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Ela é a conformidade entre o ditame da razão prática e as exigências da própria realidade. O justo meio é a conformidade do desejo e da ação à regra racional, que é sua medida. Se esta regra tem também sua própria medida, esta medida não é uma outra regra, sob pena de indução ao infinito, mas a própria realidade das coisas e (GAUTHIER, 1992:71) "a conformidade do espírito à realidade não é justo meio, mas a verdade prática".

Como a *verdade prática* está associada à toda práxis social, Aristóteles especifica várias de suas formas (individual, doméstica, legislativa e política)[3] e (ARISTÓTELES, 2009:346) "a prudência que a acompanha acaba por engajar toda a sociedade num macro processo prudencial, de sorte que todos os indivíduos tornam-se comprometidos com o manejo da verdade prática[4]".

---

[2] Segundo Merleau-Ponty (1960:160), metaforicamente, "a verdade prática é a memória de tudo que se encontrou ao longo do caminho".

[3] Segundo Aristóteles, a prudência individual orienta as decisões do indivíduo; a prudência doméstica, as decisões familiares; a prudência legislativa, as decisões do legislador; a prudência política divide-se em discricionária e judicial: a primeira corresponde à prudência do indivíduo investido no poder de deliberação sobre os assuntos públicos e a segunda orienta as decisões dos juízes nos processos judiciais.

[4] *Ética a Nicômaco*, VI, 1139 a.

O problema dessa aversão à *verdade prática* surge quando recordamos que a realização da liberdade demanda, inevitavelmente, um intento de aproximação da realidade. Se uma sociedade, conscientemente, abdica da busca pela *verdade prática*, ao mesmo tempo, ela também abdica, em última instância, do pendor para a liberdade.

Por isso, a proteção preferencial pela liberdade de expressão – vinculada à liberdade de pensamento, conformadora da opinião pública livre e condição do pluralismo como valor do ordenamento jurídico – convida-nos a excluir a possibilidade de sancionar os discursos nocivos pela via do puro e simples banimento judicial.

Dessa forma, numa sociedade aberta, evita-se que qualquer ideia, por mais insustentável que nos pareça num primeiro olhar, possa ser rejeitada pela caneta judicial (*rectius*: inquisitorial), só pelo fato de ser considerado um discurso de ódio, supostamente apto a colocar em risco as mais elementares demandas públicas da ordem social.

O perigo – estampado na argumentação da maioria na decisão do *habeas corpus* – não está tanto no reconhecimento da objetividade da verdade, mas nos excessos de convencimento subjetivo sobre a possibilidade de captá-la, algo que leva a descartar uma humilde e prudente falibilidade.

Paradoxalmente, as exigências de racionalidade prática dos meios adequados – longe de destruir os fundamentos da *verdade prática* a ser alcançada – acabam por se apoiar em fundamentos éticos, mormente no postulado de que a tolerância exige propor a *verdade prática* e a renúncia a sua imposição pura e simples[5], sem que isso

---

[5] Eis o paradoxo contido na posição vencedora: o imperativo da impossibilidade de revisão numa ciência humana que, por não ser exata, está sempre aberta hermeneuticamente acerca dos juízos históricos. Aprendi isso em casa com meu saudoso pai que, além de um grande militar, foi historiador, com várias obras publicadas sobre história geral e história do Brasil para as instituições de ensino militares de todos os níveis. Existem vários fatores externos que intervêm na elaboração teórica do curso histórico, mesmo com o zelo do historiador na máxima objetividade de seu trabalho. Em primeiro lugar, suas ideias e doutrinas influenciam o labor de seleção de documentos/fatos e de emissão de juízos. Narrar fatos humanos implica em atender à exigências estéticas, éticas e religiosas de nosso ser, cujos valores da “intra-história do pesquisador”, como diz Unamuno, acompanham sempre o historiador e isso se reflete mais intensamente na fase de interpretação do material selecionado, cuja função é a de comprovação da hipótese histórica, sempre formulada a partir de uma resposta prévia dada a uma pergunta. Em segundo lugar, o historiador sempre traz à pesquisa conceitos e reflexos próprios. Conceitos históricos como “Roma Antiga”, “Revolução Francesa” e “Holocausto” designam cortes hermenêuticos de leitura homogênea de fatos pretéritos – *Idealtypen*, segundo Weber (2001:181), sendo sua função a de “determinar, em cada caso particular, quanta realidade deve ser incluída ou eliminada desse tipo ideal” – cujo grau de abstração tende a excluir a riqueza (e, muitas vezes, a miséria) da realidade e, por isso, como (CRUZ, 2012:70) “o passado real é sempre mais denso, por mais úteis que sejam esses tipos ideais, eles devem ser revisados continuamente, mas sem que haja o desenvolvimento de uma dialética *a priori* de conceitos, no estilo kantiano, que componham os tipos ideais”. O perigo está em hipotetizar os tipos

demande de cada um de nós, sequer remotamente, a obrigação de negar essa mesma verdade, afirmá-la ou de ignorá-la.

Sem dúvida, a arbitrariedade, ainda que coberta sob o manto judicial, não nos torna mais verdadeiros. A máxima evangélica "a verdade vos fará livres![6]" pode ser vertida para a oração passiva, a fim de deixar mais cristalino o que pensamos acerca da liberdade de expressão: “a liberdade nos faz mais verdadeiros!”.

Sem liberdade, não há acesso real à verdade. Quando ela é imposta pela via do silenciamento intelectual, lembra mais uma prótese ortopédica colocada num corpo humano: é algo não assimilado. Seria muito interessante substituir a expressão “liberdade” por “arbitrariedade”, a fim de testar os limites ontológicos da máxima evangélica disposta na forma passiva – “a arbitrariedade nos faz mais verdadeiros” –, e, diante da evidente falsidade dessa nova assertiva, concluir que a verdade delimita a fronteira decisiva entre liberdade e arbitrariedade, na medida em que a arbitrariedade seria uma falsa liberdade por rechaçar qualquer normatividade prévia.

O vínculo entre liberdade e verdade também é notável, pela forma passiva acima disposta, como eixo de atuação da tolerância. Filosoficamente, essa virtude tende a estar relacionada ao erro teórico e, sobretudo, ao mal prático. Se, por um lado, a verdade não pode ser objeto de tolerância, mas de amor (*philo - sophia*), de outro, a tolerância será, ao menos no plano teórico (erro teórico), o fruto secundário daquela prudência política e judicial que nos lembra acerca de nossa própria capacidade de errar, na exata proporção em que, se parássemos de nos desviar daquilo que

---

ideais, conferindo-lhes o valor de uma essência real, o erro que foi cometido com as chamadas “eras históricas”. Se tais fatores externos fossem inexistentes, assim como outras qualidades que potencializam o labor histórico, como interesse, talento, espírito crítico, preparação intelectual, maturidade pessoal, afinidade psicológica, teríamos apenas uma mera erudição histórica, porque divorciada de (WEBER, 2001:182) uma *Einfühlung*, isto é, de um sentimento que faz o historiador penetrar no objeto investigado. Este sentimento dá garantia à verdade histórica, a qual não é dogmática – dado que não se apoia diretamente no objeto e está condicionada externamente por aqueles fatores externos –, nem cética – porque se baseia na inteligibilidade do dado histórico – e, por isso, não se confunde com a certeza matemática, ao mesmo tempo que, também, não se encerra numa pura criação do historiador. O passado real, *in facto esse*, obriga o historiador, porque a própria realidade do fato é responsável pela correção da hipótese por ele lançada, na medida em que as perguntas que ele faz já implicam em respostas que se formulam como hipótese. Segundo Marrou (1997:93), “trata-se de um círculo hermenêutico que, em cada espiral sucessiva de nosso helicoide simbólico, a hipótese é formulada novamente, corrigida, completada, de tal forma que o conhecimento histórico nasce e cresce pouco a pouco. Isso significa que a elaboração da história não se produz em duas fases terminantes: a apreciação do valor do dado histórico e a conclusão a que chega com ele a respeito do passado. Os dados históricos são compreendidos se houver um retorno incessante a eles e, nessa volta, o círculo também terá compreendido o passado humano que os vestígios conservam e do qual nos oferecem seu testemunho”.

[6] Jo 8, 32.

consideramos errado, como efeito do amor à verdade, ou mesmo fôssemos obrigados a difundi-lo, bloquearíamos todo o progresso intelectual.

Já no âmbito da práxis (mal prático), o caso é diferente. Aqui, a tolerância já não é prudência, mas abertura ao outro cheia de magnanimidade e que encontrará seu horizonte máximo no convite do amor ao inimigo, ainda hoje, metaforicamente, um verdadeiro cinzelar em nosso florescimento pessoal. Diante do mal, tido como resultado prático do erro teórico, entram em jogo a dignidade das pessoas afetadas pela falsidade da asserção teórica e a previsibilidade de risco claro e iminente de concretização prática desse mal.

Então, as chaves de aplicação da tolerância na dimensão da razão prática surgem como a melhor solução, classicamente enumeradas em (GARZÓN VÁLDEZ, 1992:16) competência adequada, tendência à proibição do ato e ponderação dos argumentos aplicáveis, a fim de se evitar a "tolerância repressiva" a que alude Marcuse em suas obras.

Em suma, inspirada pelo sistema americano, a posição vencida trilhou exatamente o caminho descrito aqui na crítica da posição vencedora: dimensionou a liberdade de expressão do autor – por mais rasas que fossem suas ideias – na órbita da razão puramente teórica e, por não haver risco de ação ilegal imediata, na órbita da razão prática, contra o povo judeu, concedeu-lhe, acertadamente, a ordem de *habeas corpus*.

Aliás, as linhas gerais desse sistema são as que melhor se coadunam com a índole da função judicial, tida como a distribuição de um justo concreto e histórico fundado na razão prática[7], e que, se tivessem sensibilizado a posição majoritária, o caso Ellwanger não entraria para a história do STF como um paradigma pronto e acabado de despotismo judicial ilustrado.

[7] Quando dizemos que o Direito é uma razão prática, um saber-fazer ou uma excelência na deliberação, queremos ressaltar que a tarefa judicial envolve um agir refletido ou uma prudência, isto é, a capacidade para emitir um juízo acertado sobre aquilo que deve ser feito aqui e agora. O homem prudente é aquele que vê longe, pensa o todo, pondera as circunstâncias, é perspicaz na análise e prevê, com algum grau de acerto, por meio das incertezas e da variabilidade dos fatos. Em suma, trata-se da razão teórica (o saber) que, fundada na contemplação, ilumina a razão prática (o fazer), fundada na ação, a fim de bem dirigir o obrar humano no casuístico e no contingente. Assim, um obrar bem sucedido requer uma mediação concomitantemente intelectual (o saber) e volitiva (o fazer), a única que permite escolher e realizar aquilo que Aristóteles chama de "bem factível", ou seja, não um bem utópico ou absoluto, mas o melhor bem possível num mundo fugaz e incerto.

Considerações finais

O caso Ellwanger chama-nos a atenção e nos sugere, como solução para se evitar o despotismo judicial esclarecido na questão do tensionamento entre verdade histórica e liberdade de expressão, *a reabilitação da razão prática, porque o Direito não é uma ciência, mas uma prudência, ainda que haja uma ciência que bem o investigue.* Falar de prudência, na seara jurídica, importa, neste caso, em rejeitarmos dois extremos viciosos.

Por um lado, descartamos um *pragmatismo asséptico*, que nos convida a agir fora de qualquer princípio objetivo, em perfeita simetria com atitudes fundadas num ceticismo ou num relativismo em sentido forte. Por outro lado, exclui-se um *doutrinamento ideológico*, lastreado no convencimento de que todos os verdadeiros princípios podem ser aplicados mecanicamente à realidade prática, sem serem, de forma alguma, matizados e condicionados pelas peculiaridades derivadas de sua historicidade ou de sua contingência.

No que toca à liberdade, esta dimensão da fenomenologia antropológica não é apenas condição de acesso teórico à verdade, mas será sempre e, inevitavelmente, o método – do grego, *metá*, em seguida + *hodós*, do grego, caminho – necessário para sua projeção prática[8]. A *verdade prática*, longe de renunciar aos princípios objetivos que a configuram como uma verdade, é sempre uma *verdade por se fazer*, que cobra seu sentido numa circunstância histórica e problemática determinada.

Aliás, essa *verdade a ser feita* marca a clara fronteira entre a prudência própria do jusnaturalismo clássico e suas aplicações *more geometrico*, típicas do jusnaturalismo racionalista e que foram herdadas, sobretudo, pela história da codificação europeia e pelo positivismo normativista kelseniano, de inspiração neokantiana: aquela peca pela ideia de um "direito pronto e acabado dos códigos", apto a ser aplicado pela ferramenta do silogismo formal no labor judicial, e, aquele, por sua vez, epistemologicamente, é uma verdadeira fraude intelectual.

---

[8] Aqui, fica a advertência para os delineamentos de direito natural, porque nenhum deles (RHONHEIMER, 2003:249) "está em posição de fornecer critérios para a práxis política, isto é, sobre meios, já que, sem filosofia política (e, também, econômica), derivar conclusões prático-políticas dos princípios de direito natural converte-se facilmente em empreendimento arbitrário e, consequentemente, a filosofia política (e a econômica também) não se opõe ao direito natural, mas, antes, será uma condição para sua elaboração".

É óbvio que, sem deixar de ser tal, uma *verdade que está se fazendo* acarreta uma peculiar forma de conhecimento, que não pode ser confundida com versões simplistas de subsunção judicial, sejam de ordem técnica (no sentido da *techné* da poiese aristotélica) ou silogística (lógico-formal), entre outras coisas, *porque o conhecimento da verdade prática somente é adquirido na medida em que o próprio sujeito cognoscente implica-se, pessoalmente, no processo de sua realização: na vivência da práxis, o conhecer e o fazer restam inseparáveis*.

Certamente, não se trata de assumir uma teoria de uma dupla verdade ou de uma dupla ética – como a distinção weberiana entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade –, mas de reconhecermos que as questões da práxis gozam de um caráter próprio e, portanto, seria um erro pretender resolvê-las mecanicamente, por meio da aplicação de receitas pré-fabricadas, como resta patente na argumentação da posição vencedora do caso Ellwanger.

Um verdadeiro princípio, projetado sobre a práxis social em contextos históricos, condicionados, diversos e mutáveis, sempre irá dar lugar a uma pluralidade de soluções, todas elas verdadeiras na medida em que lhe sejam tributárias. Essa é uma característica compartilhada por toda a esfera ético-política, um *insight* já captado e estudado por Aristóteles em suas obras de filosofia política e, séculos depois, aprofundado por Tomás de Aquino em seus tratados políticos.

Assim, a Constituição, que nos é apresentada como a *verdade jurídico-política* dessa sociedade em que vivemos aqui e agora, é, por definição, suscetível de desenvolvimentos institucionais políticos e legislativos muito diversos, desde que respeitem seu conteúdo diretivo ou principiológico. Este peculiar modo de conhecimento da realidade convida-nos, prudentemente, a *uma busca compartilhada da verdade prática e não a uma proposta de imposição do autoritarismo da subjetividade togada*.

Não se trata de fabricar um consenso, entendido como uma espécie de substitutivo de uns princípios objetivos com os quais não poderíamos contar para iluminar uma realidade material, mas, antes, de encontrar, fecundamente, o sentido objetivo de uma exigência prática, ajudando-nos conjuntamente a desvelá-la. Por sinal, a colegialidade típica das cortes constitucionais não deixa de responder, mais uma vez, a esta mesma dinâmica, a qual andou a faltar, a partir da posição majoritária,

na distribuição do justo concreto no caso Ellwanger por parte do Supremo Tribunal Federal.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudos Politicos y Constitucionales (CEPC), 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2 Rio Grande do Sul. Diário da Justiça. 19 de março de 2004. Relator originário Min. Moreira Alves, Relator do acórdão Min. Maurício Correia. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 02.09.2020.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentaltes*. Pamplona: EUNSA, 2000.

CRUZ, Juan Cruz. *Filosofía de la historia*. Pamplona: EUNSA, 2012.

CUNHA PEREIRA, Guilherme Döring. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: RT, 2002.

GÁRZON VALDÉS, Enrique. *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia – claves de razón práctica*. Pamplona: EUNSA, 1992.

GAUTHIER, René-Antoine. *Introdução à moral de Aristóteles*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1992.

LEGA, Carlos. *Deontología de la profesión de juez*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.

MARROU, Henri. *La Conoscenza Storica*. Milano: Il Mulino, 1997.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Signes*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1960.

MEYER-PFLUG, Samantha. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: RT, 2010.

MILTON, John. *Areopagitica and other writings*. London: Penguin Classics, 2014.

OLLERO, Andrés. *Derecho a la verdad – Valores para una sociedade pluralista*. Pamplona: EUNSA, 2018.

OLLERO, Andrés. *Racionalidad y Política*. Granada: Editorial Comares, 2013.

POPPER, Karl. *In Search of a Better World - Lectures and Essays from Thirty Years*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

RHONHEIMER, Martin. *Perchè una philosophia politica?* Milano: Mondadori, 2003.

WEBER, Max. *Essay sur la théorie de la Science.* Paris: Plon, 2001.

2. ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA: UM DISPOSITIVO INCONSTITUCIONALMENTE DECLARADO CONSTITUCIONAL

https://doi.org/10.36592/9786587424286-2

Ives Gandra da Silva Martins [1]
Ângela Vidal Gandra da Silva Martins [2]
Ana Regina Campos de Sica[3]

Introdução

O objeto deste estudo é a análise da tese de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança), que autoriza a destruição de embriões congelados para fins de pesquisa com células tronco embrionárias.

Antes de penetrar no tema, gostaríamos de tecer algumas breves considerações filosóficas preambulares para embasar a aplicação prática. Em primeiro lugar, enfocamos a decisão no contexto do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição - entendendo-o entre outras características, segundo a capacidade de se orientar pelas regras fixadas e antecipadamente anunciadas e ater-se a elas[4]- , para repudiá-la, já que o respeito à forma do Direito - no caso, a Carta Magna, estabelecida segundo a representatividade -, não pode ser alterada, violentando a segurança jurídica, principalmente quando a violação é perpetrada por seu próprio guardião. Mais grave ainda, em se tratando do primeiro direito humano, sem o qual os demais não podem ser exercidos, e que, simplesmente deve ser reconhecido, e não atribuído,

---

[1] Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa pelas Universidades de Craiova (Romênia), PUC-Paraná, PUC-Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO. Advogado.

[2] Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Secretária Nacional da Família do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Advogada

[3] Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Especialista em Processo Civil pelo Centro de Extensão Universitária – CEU. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e ACRIMESP. Advogada.

[4] FLETCHER, George P. ***Basic Concepts of Legal Thought***. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 11: “ is bound by rules fixed and announced beforehand”.

como claramente declara o referido diploma ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida como primeira garantia fundamental. Por fim, caso esse direito estivesse em leilão – o que não entendemos como justo -, deveria ser questionado em espaço democrático, onde empiricamente também se comprovaria o quanto o brasileiro o defende. A exemplo, *mutatis mutandis*, evocamos a ADI 5581, referente a medidas sanitárias abortivas relativas ao Zika vírus, posteriormente considerada matéria prejudicada pela Suprema Corte. Antes de seu julgamento, o Congresso Nacional sancionou a MP 894/2019, concedendo pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a crianças com microcefalia decorrente do vírus.

Levantadas as preliminares, passamos a considerar o mérito da matéria que foi julgada, em 19 de maio de 2008, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/600, tendo o primeiro subscritor nela atuado, na condição de patrono da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNNB, que era "*amicus curiae*", mas cuja tese, infelizmente, foi julgada improcedente.

Aliás, por ter sido a CNBB "*amicus curiae*" na referida ADI, sustentou-se que, na discussão sobre a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, foi travada uma disputa entre religiosos e cientistas. Ora, não há engano maior, na medida em que o que se discutiu foi se a inviolabilidade do direito à vida, cláusula pétrea de nossa Constituição, deveria continuar garantida no texto supremo, vale dizer, se a Constituição deveria prevalecer sobre a lei, ou a lei sobre a Carta da República.

Nesta esteira, convém ressaltar que a Academia de Ciências do Vaticano possui, no momento, 29 Prêmios Nobel e ostenta em seu colégio acadêmico cientistas cujo reconhecimento mundial foi atestado pela outorga da maior láurea em Física, Química, Medicina, etc.

Assim, não obstante o resultado final (6x5), favorável à constitucionalidade do referido artigo da lei, entendemos que sempre vale a pena refletir sobre a tese que fundamentou a ADI 3510, até por conta dos direitos imponderáveis que buscou resguardar, quais sejam: o direito à vida e à dignidade humana.

Sobre o que diz a Constituição Federal

O artigo 5º, "caput", da Constituição Federal, declara a inviolabilidade do direito à vida, nos seguintes termos: º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)".

O discurso atual é direto e cristalino, ao determinar, repetimos, que a inviolabilidade é do direito à vida e não apenas o respeito dos direitos concernentes à vida[5].

Significa dizer que, na Constituição Brasileira, a pena de morte ao nascituro, em sentido amplo, e ao nascido é proibida, admitindo, como única exceção, a possibilidade de aplicá-la em caso de guerra. É o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, letra "a" da Constituição: "XLVII - não haverá penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

Diante desses incisos, percebe-se que o direito à vida de todos os embriões está garantido, desde sua concepção, não só pela clareza do art. 5º da Constituição Federal - que não mais se refere "a direitos concernentes à vida", como ocorria nos textos constitucionais pretéritos, e sim à inviolabilidade do direito fundamental à vida" - mas também por tratado internacional de que o país é signatário, considerando, parte da doutrina, com a qual se alinha um dos signatários desta petição, ser cláusula pétrea, por força do § 2º do art. 5º da lei suprema.

Com efeito, em matéria de direitos fundamentais, referido parágrafo não distingue entre direitos fundamentais decorrentes do texto constitucional e de tratados internacionais, estando assim redigido: "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**" (grifos nossos).

De qualquer forma, seja essa norma cláusula pétrea ou não, o referido artigo 5º está em plena vigência e eficácia, e, mesmo que se sustente que o tratado internacional está no plano da lei ordinária, não há como negar tratar-se de lei ordinária especial, passível de ser revogada apenas por outra lei especial, e não por lei geral, de acordo com o que preceitua o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

---

[5] O artigo 153 "caput" da E.C. n. 1/69 estava assim redigido:
"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)".

Não sem razão, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica - Tratado Internacional de Direitos Humanos, que reconhece começar a vida na concepção (art. 4º) -, o qual foi incorporado ao direito interno, por interpretação da Suprema Corte, com eficácia de lei ordinária. Dispõe o “caput” do artigo 4º deste Pacto nos seguintes termos: “Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”.

Alguns pretendem ler, na referida disposição e nos vocábulos “em geral”, uma relativização do dispositivo. Tal leitura, sobre ser pobre e literal, não corresponde ao sentido do dispositivo de direito internacional. Assim é que o referido artigo está dividido em 3 partes, a saber:

1 - toda pessoa humana tem (presente do indicativo) direito a que se respeite a sua vida;

2 - a lei protegerá (futuro) o direito a partir do momento da concepção, podendo fazê-lo de forma expressa (é o mais comum e o geral das vezes), mas, poderá omitir-se a expressa menção;

3 - a vida do ser humano (nascido ou nascituro) não pode ser (presente do indicativo) eliminada arbitrariamente.

Há, pois, dois comandos normativos de caráter essencial; (o respeito ao direito à vida (do nascituro e do nascido) e a vedação a que o ser humano (nascituro ou nascido) seja privado de sua vida arbitrariamente. E há um comando, de natureza formal, de que a lei deverá explicitar o princípio da garantia desde a concepção, que é o que ocorre em geral.

Em nenhum momento, o dispositivo permite a leitura de que a lei poderá retirar o direito à vida após a concepção, pois, de outra forma, o ser humano (nascituro) estaria sendo privado de sua vida arbitrariamente.

Por esta razão, o comando normativo está no tempo presente no que concerne ao respeito ao direito à vida e à vedação a sua retirada arbitrária (seja do nascituro ou do nascido), aconselhando-se, no futuro indicativo, que a lei explicite, em nível de legislação interna, o sentido do pacto de São José, o que de resto já ocorre em geral, com os países signatários.

Um outro esclarecimento se faz necessário. O artigo 4º é dedicado ao respeito ao direito à vida. Não permite dois tipos de homicídios, mesmo que legalizados, ou seja, a pena de morte ao nascituro ou a pena de morte ao nascido[6].

Quanto ao nascituro, impõe que sua vida seja respeitada desde a concepção. No Pacto de São José, o homicídio uterino não admite exceções não sendo, portanto, permitido.

No mesmo artigo, o "homicídio legal" do nascido, ou seja, a pena de morte é condenada, mas abre-se exceção para os países que ainda a mantêm, sugerindo que a extirpem. Quanto aos países em que não é admitida (ou seja, que nunca a tiveram ou que a tenham revogado), inadmite que venham a introduzi-la.

Assim, as duas penas de morte, ao nascituro e ao nascido, são proibidas pelo Pacto de São José, muito embora, haja um regime sem exceções, para a pena de morte ao nascituro e com exceções para a pena de morte ao nascido.

Sobre o que diz a Lei

Uma vez compreendida a disposições constitucionais sobre o tema, passemos à análise do art. 5º e parágrafos da Lei da Biossegurança, que dispõem nos seguintes termos:

> *"Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*
> *I – sejam embriões inviáveis; ou*
> *II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.*

---

[6] *O artigo 4º intitulado "Direito à vida", na edição castelhana, está assim redigido: "Artículo: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente" (Textos internacionales de Derechos Humanos, Ed. EUNSA, Pamplona, 1978, p. 597).

> *§ 1º - Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.*
> *§ 2º - Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com célula-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.*
> *§ 3º - É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997".*

Conforme se depreende da leitura do dispositivo, a norma autoriza a utilização de células-tronco embrionárias, extraídas de embriões excedentes de processo de reprodução assistida, que se encontram congelados em clínicas de fertilização. Como a extração dessas células implica a destruição desses embriões, entendemos que a norma viola os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana.

Não há, pois, como pretender-se - como o fez Hitler, na busca de soluções eugênicas para a raça ariana - legitimar experiências com seres humanos concebidos, ainda que se encontrem na forma embrionária, risco de se estar reduzindo-o, em sua dignidade, a mera peça laboratorial, para gáudio de alguns investigadores, até o presente com um fantástico cortejo de fracassos na área, ao contrário daqueles que eticamente exploram as células embrionárias adultas, cujo sucesso é cada vez maior e mais revelador dos fracassos e das fraudes nas investigações com sacrifício de seres humanos embrionários.

Lembre-se o episódio do cientista sul-coreano - cuja atuação tanto influenciou os nossos parlamentares a aprovarem a Lei de Biossegurança - confessando ter mentido sobre suas experiências e pedindo desculpas à comunidade científica.

Neste ponto, aliás, entendendo ser necessário interpretar o vocábulo "vida", à luz de um conhecimento científico multidisciplinar, o Relator da ADI 3510, Ministro Carlos Ayres Britto, valeu-se da prerrogativa prevista no art. 9º, § 1º da Lei 9868/99[7], para convocar audiência pública, na qual peritos de várias áreas da ciência trouxessem subsídios sobre o tema, possibilitando, assim, que, a partir deles, o Tribunal viesse a deliberar qual o conceito que deveria ser adotado, no momento jurídico brasileiro, de forma a conferir significado à expressão "dignidade da pessoa humana".

---

[7] Reza essa norma: "§ 1º - Em caso de necessidade de esclarecimento matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

Sobre o que diz a Ciência

Os defensores do art. art. 5º da Lei de Biossegurança alegaram que ela estava fundamentada em objetivos de saúde pública, a saber: a necessidade de buscar a cura de doenças neurodegenerativas ou mesmo de limitações físicas resultantes de acidentes, que retiraram das pessoas a possibilidade de locomoção.

Passou-se para a sociedade a ideia de que seria essa a única forma de alcançar tal desiderato, e que aqueles que impugnaram a validade da lei estavam contra esse objetivo, defendendo, por motivos religiosos, a higidez "de um punhado de embriões".

No entanto, a ADI 3510, bem ao contrário, tinha por intenção, apontando a invalidade da norma, não só fazer prevalecer a Constituição, mas também incentivar o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio, mediante a edição de leis compatíveis com o direito e com a ética, e de pesquisas com células-tronco adultas, que são aquelas que têm apresentado resultados positivos - não só na área da investigação científica, mas também no campo clínico - de forma a atender, mais célere e adequadamente, os problemas de saúde pública e as legítimas expectativas de todos os portadores dessas deficiências.

Sendo assim, se do ponto de vista jurídico o art. 5º da Lei de Biossegurança não se sustenta, do ponto de vista científico sua falta de respaldo provou-se ser ainda maior, posto que:

1 - No caso da utilização das células de embriões congelados há mais de 3 anos, trata-se de um transplante heterólogo, com grande possibilidade de rejeição, visto que, à medida em que essas células se diferenciam para substituir as lesadas num tecido degenerado, elas começam a excretar as proteínas responsáveis pela rejeição (Jonathan Knight).

2 - Allegrucci e colegas afirmam que as células-tronco de embriões congelados estão longe de ser "a mais perfeita fonte de células para terapias", pois originam teratomas (tumores de caráter embrionário).

3 - Além disso, ocorrem mutilações no DNA dos embriões congelados, que não são passíveis de identificação, aumentando o risco de silenciarem genes e, portanto, não servem para a pesquisa.

4 - Há total descontrole das células embrionárias, surgindo diferenciações em tecidos distintos nas placas de cultura, com o que se poderia estar renovando experiências semelhantes às que geraram a personagem Frankstein, da literatura.

5 - Cada blastócito fornece entre 100 e 154 células-tronco embrionárias. Assim, é preciso saber quantos embriões humanos frescos deveriam ser sacrificados, em tal terapia. Por exemplo, na terapia com autotransplante de células-tronco adultas provenientes da medula óssea, é necessário um total de 40 milhões de células-tronco; vale dizer, haveria a necessidade de 300.000 a 400.000 embriões, pois não se pode expandir o número dessas células em placas, por motivo de contaminação.

6 - Andrews e Thomson, em 2003, referem que as células-tronco humanas em cultura apresentam anormalidades cromossômicas, à medida que se diferenciam, com risco de se malignizarem.

7 - Quanto à clonagem terapêutica, não se conseguiu até agora realizá-la em primatas. Nas tentativas realizadas, obtém-se meia dúzia de células aneuploides (células cujos núcleos contém um número diferente de cromossomos, no caso humano, diferente de 46).

8 - Feeder layers são camadas de tecidos retiradas dos fetos vivos de qualquer estágio, vendidas em dólares nos Estados Unidos, as quais estão sendo utilizadas para garantir a qualidade do cultivo das células-tronco embrionárias.

9 - Joel R. Chamberlain e colegas, publicaram na Science 2004, estudo mostrando que há doenças genéticas que podem ser tratadas, mas com células tronco adultas, modificadas geneticamente, como na Osteogenesis Imperfecta, a qual origina desordens ósseas no esqueleto. Os resultados demonstrados foram um sucesso.

10 - “Célula adulta age como embrionária” de acordo com o cientista Rudolf Jaenisch (USA). O segredo está guardado em uma “chave” molecular: o gene Oct-4. A molécula trabalha no estágio inicial do embrião, “segurando” as células para não se diferenciarem antes da hora. No tempo adequado, o gene se desliga e as células formam, então, os tecidos certos. Com o controle do gene, é possível fazer com que certas células-tronco adultas sejam mantidas neste estágio sem diferenciação, o que pode expandir seu campo de atuação na pesquisa de novos tratamentos. (cf. Revista Cell, acessível em www.cell.com) (Revista APL Academia Paulista de Letras, n. 123, p.).

Resta, portanto, cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto. Naquela primeira célula, todo o código genético de todos os seres humanos está estampado, permanecendo inalterado até a morte. Cientificamente, a vida começa com a concepção. Seu início não é, como pretendem alguns, um "fato cultural", a ser definido ao sabor dos humores dos governantes. Trata-se de um "fato científico", que os cientistas não podem contestar, a não ser que contestem a sua própria autoridade de cientistas. E não há que se falar em embrião como um "ser humano inferior", ou em "sub-ser humano"; é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo do tempo concedido a cada um.

Sobre o que diz o STF

Uma vez não tendo sido negada com evidências científicas a tese da ADI, ou seja, de que a vida começa na fertilização, e, por outro lado, tendo ficado claro, pelos depoimentos, que a extração de células-tronco embrionárias destrói o embrião, restou nítida a incompatibilidade da lei com os arts. 5º e 1º, III da CF/88.

Ainda assim, apesar de guardião da Constituição, o STF atuou como seu verdadeiro algoz. Destacamos, pois, o posicionamento de cada um dos Ministros na referida ADI, conforme divulgado no próprio site da Suprema Corte[8]:

A compreensão do Ministro Carlos Ayres Brito, relator:

> *Relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.*
> *Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um "perfeito" e "bem concatenado bloco normativo". Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado.*
> *Ele se reportou, também, a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças.*

[8] Disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917.

Quanto ao voto da Ministra Ellen Gracie:

> *A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, não há constatação de vício de inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança. "Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa."*
> *Ela assinalou que a ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. "Por outro lado, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte".*

Acerca da opinião do Ministro Carlos Alberto Direito:

> *De forma diversa do relator, o ministro Menezes Direito julgou a ação parcialmente procedente, no sentido de dar interpretação conforme ao texto constitucional do artigo questionado sem, entretanto, retirar qualquer parte do texto da lei atacada. Segundo Menezes Direito, as pesquisas com as células-tronco podem ser mantidas, mas sem prejuízo para os embriões humanos viáveis, ou seja, sem que sejam destruídos.*
> *Em seis pontos salientados, o ministro propõe ainda mais restrições ao uso das células embrionárias, embora não o proíba. Contudo, prevê maior rigor na fiscalização dos procedimentos de fertilização in vitro, para os embriões congelados há três anos ou mais, no trato dos embriões considerados "inviáveis", na autorização expressa dos genitores dos embriões e na proibição de destruição dos embriões utilizados, exceto os inviáveis. Para o ministro Menezes Direito, "as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida".*

Quanto à posição da Ministra Carmen Lúcia:

> *A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, muito pelo contrário, contribuem para dignificar a vida humana. "A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agridem a dignidade humana constitucionalmente assegurada."*
> *Ela citou que estudos científicos indicam que as pesquisas com células-tronco embrionárias, que podem gerar qualquer tecido humano, não podem ser substituídas por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células-tronco adultas e que o descarte dessas células não implantadas no útero somente gera "lixo genético".*

Sobre o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

O ministro julgou a ação parcialmente procedente, votando de forma favorável às pesquisas com as células-tronco. No entanto, restringiu a realização das pesquisas a diversas condicionantes, conferindo aos dispositivos questionados na lei interpretação conforme a Constituição Federal.

Sobre o voto e ressalvas do Ministro Eros Grau:

Na linha dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, o ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com três ressalvas. Primeiro, que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas. Segundo, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo e, finalmente, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis.

A opinião do Ministro Joaquim Barbosa:

Ao acompanhar integralmente o voto do relator pela improcedência da ação, o ministro Joaquim Barbosa ressaltou que a permissão para a pesquisa com células embrionárias prevista na Lei de Biossegurança não recai em inconstitucionalidade. Ele exemplificou que, em países como Espanha, Bélgica e Suíça, esse tipo de pesquisa é permitida com restrições semelhantes às já previstas na lei brasileira, como a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum, que os embriões utilizados sejam inviáveis à vida e provenientes de processos de fertilização in vitro e que haja um consentimento expresso dos genitores para o uso dos embriões nas pesquisas. Para Joaquim Barbosa, a proibição das pesquisas com células embrionárias, nos termos da lei, "significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir".

A compreensão do Ministro Cezar Peluso:

O ministro Cezar Peluso proferiu voto favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele, essas pesquisas não ofendem o direito à vida, porque os embriões congelados não equivalem a pessoas. Ele chamou atenção para a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas e ressaltou a necessidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos legais para tanto.

A opinião do Ministro Marco Aurélio:

Ele acompanhou integralmente o voto do relator. Considerou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, impugnado na ADI, "está em harmonia com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º e com o princípio da razoabilidade". O artigo 1º estabelece, em seu inciso III, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, caput, prevê a inviolabilidade do direito à vida. Ele também advertiu para o risco de o STF assumir o papel de legislador, ao propor

restrições a uma lei que, segundo ele, foi aprovada com apoio de 96% dos senadores e 85% dos deputados federais, o que sinaliza a sua "razoabilidade". O ministro observou que não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja simplesmente opinativa, historiando conceitos, sempre discordantes, desde a Antiguidade até os dias de hoje. Para ele, "o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana". Chegou a observar que "dizer que a Constituição protege a vida uterina já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência". E concluiu que "a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida". Por fim, disse que jogar no lixo embriões descartados para a reprodução humana seria um gesto de egoísmo e uma grande cegueira, quando eles podem ser usados para curar doenças.

O entendimento do Ministro Celso de Mello:

O ministro acompanhou o relator pela improcedência da ação. De acordo com ele, o Estado não pode ser influenciado pela religião. "O luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado".

Por fim, a opinião do Ministro Gilmar Mendes:

Para o ministro, o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, mas ele defendeu que a Corte deixasse expresso em sua decisão a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Gilmar Mendes também disse que o Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, não supre essa lacuna, ao não criar de forma expressa as atribuições de um legítimo comitê central de ética para controlar as pesquisas com células de embriões humanos.[9]

De tais transcrições é possível apreender o fato de que o julgamento da matéria gerou, em apertada votação (6 votos a 5), uma verdadeira inversão de valores, em que o Supremo Tribunal Federal fez a lei prevalecer sobre a Constituição e a morte ser valorizada em detrimento da vida.

Conclusão

Por todo o exposto, à luz da ciência, do direito brasileiro e dos tratados

[9] Vide o inteiro teor do julgado: STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134.

internacionais que o Brasil subscreveu, todo o ser concebido, isto é, todo zigoto, tem – **ou deveria ter** - do Estado a garantia de vida, da mesma forma que os ovos de tartaruga, protegidos pelo "Projeto Tamar", ou os fetos de animais pertencentes a espécies em extinção, segundo a legislação constitucional.

De fato, o ser humano não se torna humano progressivamente, por etapas. Toda sua potencialidade já está nele codificada desde o primeiro momento, só esperando sua administração a partir do oportuno exercício de sua liberdade. Por outro lado, como ser relacional, sua dependência – que não se identifica com a autonomia – é constitutiva, e se verifica ao longo de toda sua vida, do nascimento à morte, segundo sua própria condição, principalmente nos momentos mais vulneráveis, quando de outros depende o decisivo exercício do direito de nascer[10].

Por outro lado, o ser humano vale muito mais que qualquer ser animal, pois, se não valesse, não poderia deles se alimentar. Por enquanto, em todas as nações civilizadas, a antropofagia continua proibida, em nítida demonstração do valor maior da vida humana sobre a animal. No Brasil, todavia, enquanto as leis ambientais vedam o sacrifício dos denominados animais silvestres ou em extinção, inclusive a partir de sua concepção (Lei Haia), leis, como a impugnada na ADI 3510, tratam com menos dignidade a vida humana. E seu reflexo vai se fazendo sentir em outras práticas, como, por exemplo, a difícil luta atual pela celeridade na adoção de crianças, em contraposição ao estímulo com auxílio, para a adoção de pets. E assim, como diria o filósofo John Finnis, vamos nos tornamos não somente infra-humanos, mas anti-humanos.

Por fim, se qualquer dúvida houvesse sobre existir ou não vida humana no zigoto, nos embriões, - com tantos cientistas, no mundo inteiro, a afirmarem que há - não deveria a Suprema Corte, na dúvida, optar pela morte destes embriões, e sim por sua preservação, principalmente quando se conhecem investigações científicas – todas elas com bons resultados - utilizando células tronco adultas para cura de moléstias várias, que assolam a humanidade.

[10] BLECHTA, Gabor P. ***Die Ethische Relevanz des Rechts in Recht und Autonomie. Das Defizit materialer Bestimmungskriterien des Rechts als Folge des positivistischen Wissenschaftsbegriffs***. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, p. 225 et seq. 104

Referências

BLECHTA, Gabor P. ***Die Ethische Relevanz des Rechts in Recht und Autonomie. Das Defizit materialer Bestimmungskriterien des Rechts als Folge des positivistischen Wissenschaftsbegriffs***. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

FINNIS, John. ***Natural Law. The Classical Tradition*** in COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. ***The Oxford Handbook of Philosophy of Law***. Oxford: 2002.

FLETCHER, George P. ***Basic Concepts of Legal Thought***. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HERVADA Xiberta, Javier; ZUMAQUERO Romero, José Manuel. ***Textos internacionales de derechos humanos*** (1776-1976). Pamplona: EUNSA, 1978.

STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134.

3. ANÁLISE DA ADPF 54 SOBRE ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-3

Ana Maria D´Ávila Lopes[1]

Introdução

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual o aborto de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Trata-se de decisão eivada de inúmeros erros, conforme será exposto no seguinte texto, cujo início se dá com uma breve apresentação dos aspectos processuais básicos da ação para, seguidamente, passar a analisar o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, no qual se consubstancia a posição adotada pelo STF. Busca-se, assim, expor o tecido argumentativo que levou esse Tribunal a contrariar não apenas a Constituição Federal de 1988, mas também tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e normas infraconstitucionais.

Em tempos nos quais se afirma que não há direitos absolutos, a vida humana deveria voltar a não ser considerada um direito, mas um pressuposto, uma condição *sine qua non*, para a existência de direitos. Não é possível falar de Estado, Direito, democracia, dignidade humana, direitos humanos, ou qualquer outra categoria jurídica, sem vida humana. Tão simples, mas tão persistentemente desconsiderado pela humanidade que teima em se autodestruir.

[1] Pós-doutorado sobre os direitos humanos das minorias e pessoas em situação de vulnerabilidade em: University of British Columbia (Centre for Feminist Legal Studies - 2001), University of Ottawa (Centre de recherche et d´enseignement sur les droits de la personne - 2001), York University (Osgoode Hall Law School - 2001/ 2002), Yale University (Yale Law School - 2008) e em The University of Auckland (Faculty of Law - 2009/2010). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ2). banadavilalopes@unifor.br

1 A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54[2]

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126, e 128, incisos I e II, do Código Penal (CP), Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), que impediam a "antecipação terapêutica do parto" [3] na hipótese de gravidez de feto anencéfalo:

> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
> Pena - detenção, de um a três anos.
> [...]
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência
> Forma qualificada
> [...]
> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> **Aborto necessário**
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940, grifo no original)

As normas invocadas para fundamentar a petição inicial foram os artigos 1º, III (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988). Os argumentos elencados na petição foram resumidos

---

[2] Tópico elaborada com base em texto publicado em: LOPES, Ana Maria D´Ávila; OLIVEIRA, Amanda Farias. A violação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. In: CONPEDI/UFSC (org.) CARDIN, Valéria Silva Galdino; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2014, v. I p. 195-209. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db10579cd6a91c59 Acesso em: 3 set. 2020.

[3] "Antecipação terapêutica do parto" e "interrupção da gravidez" foram alguns dos eufemismos utilizados pelo STF para evitar o uso do termo "aborto" não apenas para não ir contra os valores dominantes da sociedade brasileira, mas para, de início, fixar sua posição contrária ao reconhecimento do feto anencéfalo como um ser humano vivo.

pelo então Procurador Geral da República (PGR), Cláudio Fonteles, no Parecer nº 3358/CF de 2004:

> a) que a patologia da anencefalia "torna absolutamente inviável a vida extrauterina" (fls. 4), daí porque não se está a falar do "aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extra-uterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia" (nota de pé de páginas a fls. 6, da petição inicial)
> b) o que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado" (petição inicial: item 19 a fls. 12)
> c) acentuando que "não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro" (petição inicial: item 26 a fls. 15) "o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante", para extrair que a permanência do feto no útero materno: - fere a dignidade da pessoa humana na medida em que "a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica (petição inicial: item 30 a fls. 18) - fere o princípio da legalidade, porque "antecipação terapêutica do parte em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico (petição inicial: item 33 a fls. 19) - fere o direito à saúde porque "a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante" (FONTENELES, 2004, p. 20).

Em 12 de abril de 2012, o STF, declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual o aborto de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

O Acórdão publicado pelo STF é claro nesse sentido:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. (STF, 2012, p. 433)

Votaram pela procedência da ação os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luis Fux, Carmén Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Pela improcedência votaram os Ministros Ricardo Lewandowsky e Cezar Peluso.

Essa é, portanto, a decisão que será objeto de análise do presente trabalho, focando no voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, haja vista os principais argumentos que determinaram a procedência da ação estarem aí desenvolvidos.

2 Análise do voto do relator

O Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, iniciou seu voto optando pelo uso da mesma expressão utilizada pela CNTS na petição inicial, qual seja "antecipação terapêutica do parto", em substituição do termo "aborto", haja vista alegar ser somente possível falar de aborto nos casos nos quais há vida extrauterina em potência, o que não acontece com os fetos anencéfalos. Assim, já no começo do seu voto, o Relator deixou transparecer claramente sua posição favorável à procedência da ação "[...] cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão" (STF, 2012, p. 34).

Seguidamente, o Relator passou a desenvolver sua argumentação organizando seu voto em cinco pontos temáticos. O primeiro deles aborda a defesa da laicidade do Estado brasileiro (STF, 2012, p. 34-43), o que constitui um despropósito, na medida em que a discussão sobre a constitucionalidade do aborto de um ser humano não é matéria religiosa ou, pelo menos, não deveria sê-lo.

O aborto é tipificado como crime em atenção ao respeito aos valores reinantes na sociedade brasileira, assim como acontece com qualquer outro crime. A norma penal objetiva proteger bens jurídicos, cuja determinação como tais deriva daquilo que a sociedade valoriza e entende que o Estado deve proteger para permitir a convivência social (CANTON FILHO, 2009). Cabe ao Legislativo, composto pelos representantes eleitos pelo povo, escutar as vozes da sociedade e tipificar como crimes as condutas que atentem contra os bens jurídicos que a própria sociedade escolhe proteger. Essa é uma escolha que, em um Estado laico, pode ser realizada com base em valores religiosos, ainda mais se consideramos que, segundo dados do mais recente censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 92% da população brasileira declarou professar alguma religião (IBGE, 2010, p. 91). A religiosidade do povo brasileiro é um fato que, além de inegável, influencia na

definição dos seus valores e, portanto, na escolha dos bens materiais ou imateriais que espera serem juridicamente protegidos pelo Estado. Não é o aborto o único crime tipificado com base nos valores da sociedade. Isso acontece com praticamente todo crime ou, pelo menos, assim deveria sê-lo. Rejeitar essa religiosidade é transformar o Estado brasileiro laico em laicista, no qual toda manifestação religiosa é combatida.

Desse modo, a discussão no STF em torno do aborto não deveria ter sido abordada desde uma perspectiva religiosa, porque não é só a tipificação do aborto que é impregnada dos valores – religiosos ou não - da sociedade, mas, **e o mais importante, é que não apenas motivações religiosas são as que determinam que alguém seja a favor ou contra o aborto**. Observe-se que há pessoas ateias que são contrárias ao aborto, bem como há pessoas religiosas que são a favor do mesmo (a exemplo do grupo “Católicas pelo direito de decidir” [4]), demonstrando claramente que a discussão vai além da religião.

Nesse sentido, iniciar um voto defendendo a laicidade do Estado revela-se apenas como uma estratégia argumentativa. Com efeito, ao se reafirmar a qualidade do Estado como laico, busca-se passar a ideia de a laicidade estatal estar em risco. É estratégia que busca desqualificar os argumentos contrários sob alegação de estarem objetivando impor determinados valores religiosos ao resto da sociedade (o que, sem dúvida, não deve ser aceito). Contudo, nada mais afastado da realidade. Não são argumentos religiosos, mas plenamente jurídicos os que embasam a proteção do direito à vida do anencéfalo, conforme ir-se-á demonstrar ao longo da análise dos outros pontos elencados pelo Relator.

O segundo ponto temático levantado pelo Relator refere-se ao conceito de anencefalia como uma má-formação incompatível com a vida do nascituro fora do útero. Cita o Relator a Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina que “consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais” (CFM, 2004). Desse modo, para o Ministro Marco Aurélio, “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida, mas de morte segura” (STF, 2012. p. 46). Acrescenta ainda que: “75% não alcançam o ambiente extrauterino [44]. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas” (STF, 2012, p. 47). Nessas duas frases escritas em duas páginas consecutivas, observam-se diversas inconsistências jurídicas. Por um

[4] Cf. website da ONG “Católicas pelo direito de decidir”: http://www.catolicasonline.org.br

lado, o Ministro reconhece que, em 25% dos casos, os fetos anencéfalos nascem com vida, o que, nos termos do art. 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) já os caracterizaria como pessoas; o que é negado pelo Ministro.

Todavia, essa posição que nega a qualidade de pessoa a um ser humano que nasce com anencefalia não somente contraria o Código Civil, mas a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (OEA, 1969), ratificada pelo Estado brasileiro em 1992 (BRASIL, 1992), cuja hierarquia, na época da decisão[5], era supralegal, conforme decidido pelo próprio STF no REx. 466.343/SP de 2008 (BRASIL 2008), ou seja, com hierarquia superior ao citado Código Civil, que o Ministro ignorou por completo.

Segundo a CADH, pessoa é todo ser humano. Essa é a exegese literal de seu artigo 1º, que determina: "Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (OEA, 1969). Todavia, o artigo 3º preceitua que "Toda **pessoa** tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica." (OEA, 1969, grifo nosso). O reconhecimento do direito à personalidade jurídica, como bem pontua Pontes de Miranda (1983, p. 153) implica a "possibilidade de se encaixar em suportes fácticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito". Portanto, pode-se concluir, a partir do cotejo entre esses dois artigos da CADH, que: todo ser humano, ainda antes do nascimento, tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Contudo, a conclusão sobredita levanta um questionamento: a partir de quando se pode falar em ser humano, ou seja, na possibilidade de uma pessoa ser titular de direitos? A resposta a tal indagação encontra-se também expressamente delineada na CADH, especificamente no seu art. 4º: "Toda **pessoa** tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção** [...]." (OEA, 1969, grifo nosso).

A CADH protege o direito à vida desde o momento da concepção. Dessa maneira, a partir desse momento, já se pode falar em titularidade de direitos, em personalidade jurídica, em **pessoa** (ser humano). Com a concepção nasce a pessoa,

[5] No Acordão da ADI 5.543 (BRASIL, 2020), que recentemente declarou inconstitucional norma que restringia a doação de sangue de pessoas LGBTI, o STF mudou novamente sua posição em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, passando a afirmar a hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos, inclusive daqueles não aprovados seguindo o procedimento fixado no art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988.

passando, nesse sentido, a titularizar direitos. Essa é a doutrina de Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (2010, p. 39):

> Falando em concepção, conclui-se que a vida começa com a fecundação do óvulo. A partir daí a vida está juridicamente protegida. É isso que significa o reconhecimento dos direitos do *nasciturus* (*infans conceptus pro nato habetur, quoties de connodis ejus agitur*).

Desse modo, verifica-se um novo erro na argumentação do Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF 54, ao pontuar que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, quando reconhece que, pelo menos 25%, nascerá com vida, o que em termos do Código Civil já é suficiente para defini-lo como pessoa. Todavia, a CADH, norma com hierarquia superior ao Código Civil, determina expressamente que, desde a concepção, o ser humano é pessoa, titular de direitos, incluindo, por óbvio, a vida.

A CorteIDH ressaltou a fundamentalidade do direito à vida no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, de 4 de julho de 2006, afirmando não ser possível qualquer enfoque restritivo desse direito:

> *124. Esta Corte reiteradamente afirmou que* ***o direito à vida é um direito humano fundamental****, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos.* ***Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito.*** *125. Em virtude deste papel fundamental que se atribui ao direito à vida na Convenção, a Corte tem afirmados em sua jurisprudência constante que* ***os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a esse direito inalienável*** *e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele.* ***O artigo 4 da Convenção garante em essência não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente****, mas também o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação desse direito* (CORTE IDH, 2006, §124, grifo nosso).

Não obstante, impende reconhecer que a CorteIDH, no caso Artavia Murillo e outros ("Fertilização *in vitro*") vs. Costa Rica, de 28 de novembro de 2012, adotou posicionamento divergente, indo contra a CADH. Na referida decisão, priorizou-se o direito à vida privada em lugar do direito à vida do embrião, enfatizando-se que:

> *Estos hechos constituyeron una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos*. (Corte IDH, 2012)

Ainda nesse caso, a CorteIDH posicionou-se acerca do conceito de pessoa para os efeitos do art. 4.1 da CADH, excluindo os embriões fora do útero materno como titulares desse direito:

> *3.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1*
> *La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.* (Corte IDH, 2012)

De fato, essa decisão da CorteIDH foi de encontro com seus anteriores entendimentos, nos quais enfatizava o caráter fundamental do direito à vida desde a concepção, não admitindo enfoques restritivos. De qualquer forma, apesar da CorteIDH, nessa decisão de 2012, ter desconsiderado o embrião humano não implantado no útero materno como pessoa, o feto anencéfalo não se enquadra nessa categoria, devendo ser considerado **pessoa** e ter seu direito à vida resguardado. Por outro lado, esta decisão da CorteIDH foi posterior (novembro 2012) à ADPF 54 (abril 2012), ou seja, o STF deveria ter decidido acompanhando a posição da CorteIDH, que protegia irrestritamente o direito à vida desde a concepção.

Além desse erro no voto, o Relator errou também ao desconsiderar a anencefalia como uma deficiência física e mental, negando aos fetos anencéfalos sua proteção por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007 e ratificada pelo Brasil em 2008 (BRASIL, 2009), seguindo o procedimento fixado no art. 5º, §3º da CF/1988 (BRASIL, 1988), possuindo, portanto, hierarquia formal e materialmente constitucional

Ignorou o Ministro que essa Convenção dispõe sobre o direito à vida no art. 10 nos seguintes termos: "*Derecho a la vida.* ***Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*** *y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*" (ONU, 2007, grifo nosso), abrangendo inegavelmente os fetos anencéfalos, não cabendo, portanto, sua desconsideração como seres humanos com deficiência e nem a exclusão da obrigação estatal de lhes garantir o direito à vida.

A anomalia genética da anencefalia, assim como qualquer outra deficiência física ou mental, não pode ser utilizada como parâmetro para determinar quando uma vida humana merece ser protegida. Defender o contrário é ir contra com o espírito normativo da própria Convenção, que objetiva abominar qualquer discriminação de seres humanos em função de suas deficiências físicas e/ou mentais.

> Como questiona Sève, "quem pode estabelecer uma lista de anomalias congênitas que condenam a uma vida sem qualidade?" [...]. De qualquer forma, deve-se pensar que o respeito pela pessoa e sua vida não devem depender da suposta qualidade dessa: a condição da qualidade não pode ser fundamento para a suspensão do respeito à vida [...], a "ideologia da qualidade de vida metamorfoseia, assim, o ser humano e produto" [...]. A ética da qualidade de vida expõe, em última instância, a procura pela perfeição humana, pois os mais bem dotados e em condições saudáveis possuiriam uma qualidade de vida superior [...] a ética da qualidade de vida padece do vício de quantificar o respeito por determinada pessoa em função da sua situação vital" (OLIVEIRA, 2005).

Aceitar o aborto de fetos anencéfalos em virtude da sua deficiência física e mental é adotar a eugenia no Brasil, violando, portanto, a Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, que garantem, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e a proibição de qualquer forma de discriminação, além de ferir a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência (ONU, 2007), cuja hierarquia é constitucional. Desconsiderou, assim, o STF seu papel de guardião da Constituição.

Todavia, o voto do Relator contrariou também a Opinião Consultiva nº 17 de 2002 (OC17/2002) emitida pela CorteIDH, cuja competência contenciosa foi reconhecida pelo Brasil em 2002 (BRASIL, 2002). Nessa OC17/2002, o juiz Cançado Trindade afirmou que:

> *Siempre he sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanzará su plenitud el día en que se consolide en definitivo el reconocimiento no sólo de la personalidad, sino también de la capacidad jurídica internacional de la persona humana, como titular de derechos inalienables, en todas y cualesquiera circunstancias. En el jus gentium de nuestros días,* ***la importancia de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, independientemente de su tiempo existencial, es mucho mayor de lo que pueda uno prima facie suponer*** (CorteIDH, 2002, grifo nosso)

Em outra oportunidade, no caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM vs. Brasil, Cançado Trindade (2005, p. 5) seguiu a mesma linha de argumentação, ressaltando a concepção kantiana da pessoa humana como um fim em si mesmo, e afirmando que o princípio da dignidade humana engloba todos os seres humanos, "independentemente das limitações de sua capacidade jurídica (de exercício)" e de sua "condição existencial."

Os casos supracitados não tratam diretamente do tema abordado na ADPF 54. No entanto, os fundamentos expostos por Cançado Trindade podem ser facilmente trasladados ao presente caso. O ex-juiz da Corte IDH e atual juiz da Corte Internacional de Justiça assevera claramente que o direito à vida deve ser respeitado não importando as limitações da pessoa e de sua condição existencial. Como visto, o feto anencéfalo é, por força da CADH, pessoa, titular de direitos, embora com claras limitações de capacidade de exercício dos seus direitos.

O terceiro ponto abordado pelo Relator no seu voto refere-se à manutenção da gravidez de feto anencéfalo tão somente para viabilizar a doação de órgãos, o que constituiria uma coisificação da mulher, ferindo, portanto, sua dignidade (STF, 2012, p. 51), com o qual se concorda. A manutenção de uma gravidez tão somente para a doação de órgãos do feto fere, sem dúvida, a dignidade da mãe, entretanto, esqueceu o Relator de fazer também referência à dignidade do nascituro, que estaria também sendo coisificado. Quando Kant, autor citado pelo Ministro para fundamentar sua posição, desenvolveu seu conceito de dignidade incluiu a denominada *fórmula da humanidade*: "Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre [e] ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio" (KANT, 2009, GMS, AA, 4: 429), abrangendo, portanto, nascituros, cuja natureza humana é inquestionável.

Nesse terceiro ponto, observa-se como o Ministro utilizou um argumento que poderia ter sido invocado tanto para proteger os direitos da mãe como do filho, sem

expor qualquer justificativa para fundamentar a opção de defender apenas a mãe e não o filho, fragilizando a consistência argumentativa.

No quarto ponto, o Relator manifestou-se contrário ao reconhecimento do direito à vida dos anencéfalos por considerar que "anencefalia e vida são termos antiéticos" (STF, 2012, p. 54). Para o Ministro Marco Aurélio, estar-se-ia somente diante de "um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais" (STF, 2012, p. 54), tendo em vista que no caso de gravidez de feto anencéfalo "não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida [...] mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica [...] principalmente de proteção jurídico-penal [...] revela-se conduta atípica" (STF, 2012, p. 55). Erra o Ministro ao considerar o feto anencéfalo como um ser morto.

No Brasil, a morte é juridicamente definida com o cesse das funções do encéfalo e não do cérebro. Na Resolução n° 1480/1997 (CFM, 1997), são estabelecidos os parâmetros para a determinação da **morte encefálica** para fins do transplante de órgãos nos termos do art. 3° da Lei de Transplante de Órgãos, Lei n° 9434 de 1997 que preceitua:

> Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de **morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Erra o Ministro ao confundir morte cerebral com morte encefálica, haja vista a **anencefalia ser uma malformação genética caracterizada pela ausência parcial ou total do cérebro, não do encéfalo** (OLIVEIRA, 2005). Pela lei brasileira, um feto anencéfalo – erradamente chamado assim - é um ser vivo, o que é suficiente para que o crime de aborto seja configurado.

O Código Penal não exige viabilidade do nascituro para a configuração do crime de aborto. Não poderia, portanto, o STF acrescentar ao tipo legal uma exigência não prevista pelo legislador.

Sobre esse ponto, o Relator, continuou sua argumentação "apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública" (STF, 2012, p. 58), acrescentado não ser o direito à vida absoluto, inclusive porque o próprio Código Penal permite o aborto em duas situações: a) caso de risco de vida da mãe; ou, b) caso de gravidez decorrente de estupro. Assim,

questiona o Ministro, se é possível o aborto de feto saudável, por quê não poderia sê-lo no caso do feto anencéfalo?

Erra o Ministro ao equiparar o aborto de feto anencéfalo a essas duas outras situações. Na primeira situação, ou seja, do aborto em decorrência do risco de vida da mãe, há um conflito entre duas vidas. No caso do aborto de feto anencéfalo, a única vida que intencionalmente está sendo colocada em risco é a do feto. Embora algumas gravidezes de feto anencéfalo possam oferecer risco de vida às mães (como pode acontecer em qualquer tipo de gravidez), não é essa a regra, portanto, não se pode medicamente afirmar que toda gravidez de feto anencéfalo constitui um risco de vida à mãe, não se enquadrando na excludente no art. 128, inciso I, do Código Penal.

Na segunda situação, isto é, do aborto como consequência de gravidez decorrente de estupro, a excludente de punibilidade é prevista em virtude de a gravidez não ter sido desejada pela mãe. Houve a intervenção de um terceiro que violentou a mãe, a colocando em um estado (gravidez) contrário à sua vontade. No caso do feto anencéfalo, a gravidez foi consentida pela mãe, sendo a anencefalia uma fatalidade, ao igual que muitas outras que podem acontecer em uma gravidez. Verifica-se, portanto, a impossibilidade de equipar a gravidez de um feto anencéfalo às duas excludentes de punibilidade previstas no Código Penal por obedecerem a lógicas normativas muito diferentes.

Por outro lado, no que se refere à sopesamento entre o direito à vida do nascituro e os diversos direitos que são invocados em defesa da mãe, cabe observar que, em se tratado do direito à vida - na sua acepção referida à existência do titular desse direito - não é possível falar de sopesamento de normas nos termos propostos por Alexy (2017), tendo em vista que o direito à vida não é uma norma princípio, mas uma norma regra, na medida que não há como “graduar” a aplicação dessa norma. O comando normativo é sempre do tipo “tudo ou nada” (ou se aborta ou não se aborta, não há meio termo). Característica das normas princípio é sua otimização e a possiblidade de, no caso concreto e diante de uma colisão, poderem serem sopesadas sem que uma norma exclua a outra. Ao se pretender ponderar o direito à vida do nascituro e qualquer direito invocado pela mãe (exceto o da sua própria vida), caso se dê a prevalência ao direito invocado pela mãe, a norma de proteção do filho não apenas ficará totalmente excluída, mas qualquer outra proteção jurídica do titular desse direito, pois deixará de existir. Com efeito, não será apenas a norma de proteção do

direito à vida que será excluída em uma situação de sopesamento, mas a própria titularidade de direitos do nascituro, contrariando a definição de normas princípio de Alexy.

No quinto ponto, invoca o Ministro Marco Aurélio, os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mãe. Não há dúvida que a mãe é titular de todos esses direitos, bem como qualquer outro ser humano, incluindo seu próprio filho. Argumenta o Ministro que a gravidez de feto anencéfalo traz maiores riscos físicos à gestante do que outras gravidezes (STF, 2012, p. 62), inclusive, que a "manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher" (STF, 2012, p. 63), acrescentando que "O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo" (STF, 2012, p. 64). Nesse sentido, cita o Caso K.L. contra Peru, apreciado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, em novembro 2005, no qual equiparou-se a obrigação de manter a gestação de um feto anencéfalo a um ato de tortura contra a mulher (STF, 2012, p. 65).

Sobre isso cabe observar que tortura é ato infringido intencional e ilegalmente por terceiro, conforme estabelecido na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 (BRASIL, 1997) e nos principais documentos internacionais e doutrina pátria e comparada. O sofrimento psicológico sofrido pela mãe decorre de estar grávida de um feto com anencefalia, o que, sem dúvida, é uma fatalidade, sendo que não se pode atribuir conduta dolosa ao feto, cuja existência deriva de ato consentido pela própria mãe e com o qual ele em nada contribuiu. Também não se pode qualificar como tortura a conduta das autoridades que exigem a manutenção de gravidez de feto anencéfalo, tendo em vista estarem apenas fazendo cumprir a lei penal que expressamente proíbe o aborto nesse caso, o que, portanto, não configura ato ilegal e menos crime de tortura (FRANCO, 1997). Houve, tanto no caso do Ministro Relator como do Comitê de Direitos Humanos da ONU, uma deturpação da compreensão do crime de tortura.

Se há alguém torturado é o feto anencéfalo, cujo aborto, pelas técnicas utilizadas para esse fim (MINISTÉRIO DE SAÚDE, 2005), provocam dor excruciante antes do falecimento. Observe-se que a anencefalia, conforme consta no processo, somente pode ser confirmada entre a 10ª e a 14ª semana de gravidez (STF, 2012, p. 162), quando o nascituro já apresenta todas as terminações nervosas, não sendo possível

diagnosticar, nesse momento, se o grau de anencefalia impossibilitará ao feto sentir dor no momento do aborto. Segundo a Dra. Cinthia Macedo Specian, citada no próprio processo, “os bebês nascidos vivos com diagnóstico de anencefalia possuem sinais clínicos de atividade cerebral, por exemplo, reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta auditiva, sucção e respiração espontânea” (STF, 2012, p. 27). Inclusive, a edição da Portaria nº 487/2007 do Ministério de Saúde revela preocupação com a dor que o feto anencéfalo pode sentir no momento do aborto, além de expressamente reconhecer sua dignidade (MINISTÉRIO DE SAÚDE, 2007).

Em uma situação de gravidez de feto anencéfalo, portanto, pode sim haver tortura, mas não da mãe, senão do seu filho, que sofrerá dor insuportável durante a prática do aborto, seja qual for a técnica utilizada.

Afirma o Ministro que não cabe ao Estado intrometer-se nem “sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez” (STF, 2012, p. 66). Esquece o Relator que, desde 1940, o Estado “se intromete”, ao tipificar o aborto como crime no Código Penal (BRASIL, 1940). Não há, em pleno século XXI, condutas que possam ser excluídas da regulação estatal por serem consideradas “estritamente privadas”. Essa foi a compreensão do Direito que, durante séculos, fez do Estado cúmplice omisso, por exemplo, da escravidão e da violência doméstica contra a mulher. É obrigação do Estado ‘intrometer-se” quando há, especialmente, alguém vulnerável em risco de ter seus direitos violados, o que, neste caso, é, sem dúvida, o nascituro, pois não há alguém mais vulnerável do que aquele que sua própria mãe quer matar.

Finalmente, conforme expressado pelo Ministro Lewandowsky no seu voto pela improcedência da ação (STF, 2012, p. 245), não cabe ao Judiciário legislar positivamente. Acrescentar uma nova excludente de punibilidade no artigo 128 do Código Penal (BRASIL, 1940) para o crime de aborto configura-se como um claro ato de criação legislativa.

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido no *caput* do art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), caracterizando-se pela previsão dos princípios fundamentais da soberania popular (parágrafo único do art. 1º) e da separação de poderes (art. 2º), além da adoção da república como forma de governo e da democracia como regime político

Desse modo, como base no princípio democrático, cabe ao povo e somente a ele, ou aos seus representantes eleitos, tomar decisões políticas, dentre as quais está legislar. O Poder Judiciário que legisla viola esse princípio, assim como viola o princípio da separação de poderes, que buscar manter o equilíbrio entre as três funções primordiais de um Estado para evitar a concentração e o abuso de poder. Viola, também, o princípio republicano que exige a alternância no poder das autoridades políticas para garantir periodicamente a qualquer cidadão seu acesso ao governo, sendo que os cargos dos membros do Poder Judiciário são vitalícios.

O Poder Judiciário possui, sem dúvida, legitimidade constitucional e é essencial na estrutura de um Estado Democrático de Direito, mas não lhe cabe falar em nome do povo (legislar) porque não foi por ele eleito.

Argumenta-se estar o STF exercendo seu papel contramajoritário em defesa das mulheres, porém, não cabe função contramajoritária contra norma constitucional expressa (dignidade da pessoa humana, vedação de qualquer forma de discriminação e direito à vida). Ninguém está acima ou fora da Constituição, nem sequer o STF, que deve agir como seu guardião e não como seu algoz.

Há quase 4 mil anos, estabelecia o Código de Hamurabi que é nele que o mais fraco encontraria sua proteção. No século XXI, é esse o papel que cabe a nossa Constituição Federal de 1988, mas que foi frontalmente ignorado pelo STF na ADPF 54.

Conclusão

No Brasil, um nascituro de menos de 3 meses abortado é considerado lixo hospitalar e, portanto, jogado fora como qualquer outro material médico carente de uso. Na ADPF 54, o STF não apenas decidiu tratar seres humanos com menos de 3 meses de vida como lixos hospitalares, mas também autorizou o aborto de nascituros ainda que no último dia dos nove meses da sua gestação, submetendo esses seres humanos a dores equiparáveis a tortura, em decorrência das técnicas autorizadas pelo Ministério da Saúde para expulsá-los do ventre materno.

Justificou o STF sua decisão por considerar que fetos anencéfalos apresentam deficiência físico-mental incompatível com a vida extrauterina. Considerou, também,

o inegável sofrimento da mãe diante de uma gestação que, na maioria dos casos, não irá sequer se completar.

Esses dois argumentos a favor do aborto de nascituro anencêfalo retratam situações fáticas inquestionavelmente dramáticas, mas que juridicamente não justificam o desprezo não apenas da Constituição Federal (que prevê o princípio da dignidade humana, a proibição de qualquer forma de discriminação e o direito fundamental à vida), mas também de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (Convenção Americana de Diretos Humanos e Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência), que reconhecem o nascituro como titular pleno de direitos; bem como da legislação infraconstitucional, que não exige viabilidade do nascituro para a configuração do tipo penal de aborto (Código Penal), e que define juridicamente a morte somente após o cesse das funções do encéfalo (Lei de Transplante de Órgãos), o que não se aplica aos anencéfalos que, apesar dessa denominação, possuem função encefálica.

A esses erros da decisão da ADPF 54, somam-se outros, como iniciar o Acordão reafirmando a laicidade do Estado brasileiro, quando esse ponto nunca foi questionado, inclusive porque os argumentos contra o aborto não são religiosos, mas plenamente jurídicos conforme exposto linhas acima. Iniciar o Acordão reafirmando a laicidade do Estado brasileiro revela ser apenas uma estratégia argumentativa para buscar desqualificar os argumentos contrários, ao criar a sensação de uma pretensa ameaça da imposição de valores religiosos de um grupo ao resto da sociedade, o que, sem dúvida, não deve ser aceito.

Risco há para uma sociedade quando existe um desequilíbrio entre os três poderes. Não há dúvida da legitimidade constitucional do STF nem da sua essencialidade na estrutura de um Estado Democrático de Direito, mas não lhe cabe legislar positivamente. Pior ainda em se tratando de matéria penal, que exige reserva legal.

Ao legislar, viola também o STF o princípio democrático que preconiza que somente o povo ou seus representantes eleitos podem falar em nome dele. Viola, ainda, o princípio republicano, que exige alternância no poder das autoridades políticas, sendo os membros do Judiciário vitalícios, o que teórica e constitucionalmente retira sua natureza política.

Invocar o exercício do papel contramajoritário do STF em defesa das mulheres não cabe, pois esse papel não pode ser exercido contra normas expressas na Constituição. Ninguém está acima ou fora da Constituição, nem sequer o STF, que tem a obrigação de cuidá-la e não de ser seu algoz, além de que mais vulnerável do que uma mãe grávida de um nascituro anencéfalo é seu próprio filho anencéfalo.

A ADPF 54 não apenas desafiou o STF, mas à sociedade brasileira em geral, a se posicionar sobre o bem mais importante a ser tutelado. Em lugar de proteger a vida humana do mais vulnerável, decidiu o STF, em uma clara manifestação de autofagia, contra a vida, contra o próprio sentido de humanidade, que não apenas é a base do sistema jurídico, mas a razão da sua própria existência.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.480/97**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 4 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 6 set. 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
CANTON FILHO, Fabio Romeu. **A valoração do bem jurídico penal e a**

Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro. 2009, f. 299. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03052010-153358/en.php Acesso em: 15 set. 2020.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros ("Fertilização *in vitro*") *versus* Costa Rica**, de 28 de novembro de 2012. Disponível em: Caso http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil.** Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006**.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM *versus* Brasil.** Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2005**.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_portugues.pdf Acesso em: 6 set. 2020.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC- 17/2002,** de 28 de agosto de 2002**,** solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf Acesso em: 6 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto San José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. Tortura: breves anotações sobre a Lei nº 9.445/97. **Themis**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 33-57, 1997.

FONTELES, Cláudio. **Parecer nº 3359/CF. 2004**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/16603/pgr-emite-parecer-contrario-ao-aborto-de-anencefalos Acesso em: 7 set. 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - **Censo demográfico 2010.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009 .

LOPES, Ana Maria D´Ávila. OLIVEIRA, Amanda Farias. A violação do Sistema

Interamericano de Direitos Humanos pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54. In: CONPEDI/UFSC (org.) CARDIN, Valéria Silva Galdino; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2014, v. I p. 195-209. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db10579cd6a91c59 Acesso em: 3 set. 2020

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MINISTÉRIO DE SÁUDE. **Portaria MS nº 487,** de 2 de março de 2007. Dispõe sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento. Brasília, 2011, 2 ed. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=202704 Acesso em: 28 set. 2020.

MINISTÉRIO DE SÁUDE. **Norma técnica**. Atenção humanizada ao abortamento. Brasília, 2011, 2 ed. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf Acesso em: 28 set. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, de 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf Acesso em: 9 set. 2020.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htmAcesso em: 9 set. 2020.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Anencefalia e transplante de órgãos. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília. v. 1, n. 1, p. 61-74, 2005. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/8042 Acesso em: 9 set. 2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5.543**, de 8 de maio de 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5543-doacao-de-sangue.pdf/view Acesso em: 7 set. 2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54. Inteiro teor do Acordão,** 12 de abril de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334 Acesso em: 7 set. 2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 466.343/SP**, de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/595444Acesso em: 7 set. 2020.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO “HOMOAFETIVA” COM A UNIÃO ESTÁVEL

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-4

Glauco Barreira Magalhães Filho[1]

Introdução

Há quase dez anos, o STF equiparou a união homoafetiva à união estável. A decisão, além de contrária à literalidade do texto constitucional, violou as regras de hermenêutica e foi omissa quanto às consequências sistêmicas. A noção de garantia institucional revela um núcleo duro que não pode ser modificado na definição constitucional de família. A decisão do STF não levou isso em conta, o que marcou uma nova fase no ativismo judicial, causando confusão de competências não só para os órgãos judicantes e legiferantes, mas também para o CNJ. Neste trabalho, procura-se examinar os limites da mutação constitucional a partir da compreensão do papel do poder constituinte, da noção de separação entre poderes constituídos e das regras de hermenêutica jurídica.

Em Maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu a favor da equiparação da união homossexual ou “homoafetiva” com a união estável definida constitucionalmente. Era evidente, porém, que, uma vez que a união estável mencionada no texto normativo máximo só poderia existir entre “homem” e “mulher” (art. 226, parágrafo 3º da Constituição), jamais a coabitação homossexual poderia ser a ela equiparada.

É oportuno observar que uma união incestuosa entre um irmão e uma irmã atenderia à definição da Constituição de união estável, mas não seria admitida como tal por impedimento legal. A união homossexual, todavia, desatende tanto a definição constitucional de união estável como viola a regulamentação legal.

---

[1] Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA-CE). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Teologia pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito).

Konrad Hesse considera "o texto como limite da mutação constitucional", sendo a sua linguagem uma garantia da própria Constituição. Uma alteração da Lei Maior que ultrapasse as possibilidades textuais não é propriamente uma mutação, mas, sim, uma quebra ou ruptura constitucional.[2]

A Constituição preceitua que a finalidade da proteção dada à união estável é "facilitar sua conversão em casamento" (art. 226, parágrafo 3º da Constituição). À luz do Código Civil, porém, não deveria haver casamento civil entre homossexuais, o qual era considerado pela doutrina como ato juridicamente inexistente.

Na época da decisão, a fundamentação do voto dos ministros do STF sugeria que eles não estavam dispostos a admitir a conversão da união "homoafetiva" em casamento. Como pôde, então, o STF reconhecer juridicidade à união estável de homossexuais sem colocar a questão do casamento? Ela possibilitou que o CNJ, orgão de caráter administrativo, fosse além de sua decisão, estabelecendo, mediante resolução, a obrigatoriedade de os cartórios celebrarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para tal fim, o CNJ não tinha sobre si o ônus de fundamentação que pesa sobre magistrados e tribunais em suas decisões.

De um modo geral, os ministros do STF alegaram ter feito apenas alguma analogia entre a união homossexual e a união estável. Entendemos, porém, haver duas razões que inviabilizam esse caminho hermenêutico. A primeira derivaria do fato de a regra ser o casamento, enquanto a união estável seria uma exceção. Uma das orientações da hermenêutica jurídica estabelece que "*as exceções são de interpretação estrita*", ou seja, não caberá analogia em Direito excepcional. Em segundo lugar, o tema da família é de grande interesse público (art. 226 da CF: "A família, **base da sociedade, tem especial proteção do estado**"). Normas cuja matéria envolve grande interesse público são cogentes e taxativas (*numerus clausus*). O raciocínio cabível a essas normas não é o raciocínio *a simile* (que procura casos análogos), mas, sim, o raciocínio *a contrário sensu* (que trata com exclusão ou de forma diversa as situações não previstas).

A regulação do casamento e da união estável não tem em vista a simples proteção dos parceiros, mas, antes, a proteção da família constituída. Como, porém,

---

[2] HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170

podemos falar em família homossexual se a união homossexual é biologicamente infértil?

A adoção por "casais" homossexuais também não seria uma opção juridicamente reconhecida em textos legais vigentes. Um casal heterossexual (que biologicamente poderia ter filhos) reúne as condições naturais para se colocar de modo análogo a uma família com um adotando. Um solteiro (a) poderia adotar na condição análoga a de um viúvo (a) ou de uma mãe solteira, embora a existência de um casal (heterossexual) devesse sempre ter preferência. Não há, todavia, previsão de adoção por "casais" do mesmo sexo.

Os psicólogos sabem que as figuras de um pai (masculino) e de uma mãe (feminino) fazem parte do que uma criança precisa para melhor formar sua personalidade. Um cristão talvez explicasse que isso faz parte da ordem da Criação, enquanto um evolucionista ateu diria que a natureza impessoal reuniu desse modo as condições de perpetuação e desenvolvimento da espécie. Um evolucionista coerente teria que reconhecer que a união homossexual não favorece, por si, a conservação da espécie humana, pois a sua generalização implicaria na própria extinção da humanidade.

Nenhum dos argumentos colocados, frise-se, sugere qualquer discriminação aos homossexuais ou a negação de seus direitos fundamentais em função de sua opção sexual. O que estamos colocando é uma análise da instituição da família e do casamento (estrutura e finalidade) para mostrar que, de rigor, não faz sentido falar em "casamento gay". Entre os gregos, por exemplo, havia frequência na prática da homossexualidade, mas eles nunca cogitaram de institucionalizar um casamento homossexual.

Não conseguimos ver como uma união homossexual pode ser a "base da sociedade" (art. 226 da CF) se a sua generalização impediria a própria continuidade da espécie humana. Não vemos, como consequência, uma razão para ela receber uma "especial proteção do Estado", embora esteja claro que o homossexual, enquanto pessoa humana, deva receber plena proteção individual.

Acerca da adoção de crianças por parceiros homossexuais, nós precisamos lembrar também dos direitos da criança e do adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente diz no art. 3º:

> *"A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar* ***o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade."***

O artigo 7º fala em "desenvolvimento sadio e harmonioso". Uma criança adotada tende a enfrentar dificuldades para entender que não é filha biológica de seus pais adotivos. Agora, maior seria ainda a dificuldade para ela entender que não tem uma família análoga à natural. Acrescente-se a isso, conforme já dito, que uma criança, tanto quanto for possível, desenvolve-se com maior equilíbrio mediante a presença das figuras masculina (paterna) e feminina (materna).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem diz no art. 16: 1:

> *"A partir da idade núbil,* ***o homem*** *e a* ***mulher*** *têm o direito de* ***casar*** *e de* ***constituir família****, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião".* No art. 16: 3, está dito que *"A família é o elemento* ***natural*** *e* ***fundamental*** *da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado".*

O art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente faz alusão à "família *natural*" como aquela que inclui os pais (ou um deles) e os descendentes. O parágrafo único distingue a família nuclear (pais e filhos) da família extensa ou ampliada, que inclui outros graus de parentesco.

No seu art. 226, a Constituição Federal Brasileira estabelece que a família é "*base da sociedade*" e "*tem especial proteção do Estado*". A primeira afirmação é o fundamento da segunda. Por ser a família a base da sociedade, ou seja, o fator de reprodução e socialização primária da espécie humana (*célula mater*), ela deve ter especial proteção do Estado. Os parágrafos primeiro e segundo tratam do casamento, que é previsto para ser o núcleo fundador e regular da família. Como o casamento, à época da origem da Constituição, era constituído apenas entre pessoas de sexo oposto, sendo até hoje essa a previsão contida em textos legais, é dessa união civil que fala o texto magno. Isso fica mais claro quando consideramos que a família, por ser base da sociedade, só pode ser originada de uma união potencialmente fecunda. Além disso, a união estável, conversível em casamento, ocorre entre o **homem** e a **mulher**, conforme o parágrafo terceiro do mesmo artigo. O parágrafo quinto, por sua vez, diz que os direitos e deveres conjugais serão exercidos igualmente "pelo homem e pela mulher".

O parágrafo 7º do art. 226 da CF observa que, com base na dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar é de livre decisão do casal. Tal direito foi constituído para "o casal" em 1988. Assim, careceria de sentido se fosse estabelecido para união entre pessoas do mesmo sexo, pois tal união é infecunda por natureza. A prescrição normativa, por sua vez, só faz pleno sentido para a procriação natural, já que a adoção exige a avaliação e aprovação do Estado ao lado de um óbvio e inescapável planejamento do casal[3].

Quando o artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro regula a presunção de filiação na constância do casamento, podemos ver a ligação principiológica que há entre casamento e geração de filhos. Tal vínculo só pode ser concebido a partir de uma relação heterossexual.

A união estável e a família fragmentada são chamadas de "entidades familiares" nos parágrafos terceiro e quarto do art. 226 da Constituição. Há, portanto, uma diferença entre família em sentido estrito e entidade familiar, sendo as duas equiparadas para fins de proteção do Estado[4].

A união estável é protegida, tendo em vista a facilitação de sua conversão em casamento (parágrafo terceiro do art. 226 da CF). Como assinala Ives Gandra da Silva Martins:

> *"A família, pois, decorrente da união de um homem com uma mulher, que biologicamente pode gerar proles que dão continuidade à sociedade, no tempo, é que o constituinte pretendeu proteger, a meu ver, sendo todos os dispositivos referentes à entidade familiar, cláusulas pétreas, pois dizem respeito aos direitos individuais mais relevantes, ou seja, de perpetuação da espécie e de preservação do Estado. Sensível, todavia, à realidade moderna de que muitas uniões entre casais (homens e mulheres) não ganham o "status" de casamento, houve por bem, o constituinte, reconhecer tal união –sempre entre homem e mulher – como "entidade familiar", mas, demonstrando, mais uma vez, a relevância do*

---

[3]Consideramos inconstitucional, por ser atentatória à dignidade da pessoa humana, a inseminação artificial com paternidade anônima. Tirar de alguém o direito à informação sobre seu genitor, quando outros possuem essa informação, é inaceitável. Admitido o anonimato, ficaria sem fundamento (ou ficaria seletiva) a ação de investigação de paternidade. O artigo 1.596 do Código Civil diz que os filhos havidos ou não da relação de casamento, bem como os adotivos têm todos os mesmos "*direitos e qualificações, proibidas quais quer discriminações relativas à filiação*".

[4]Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: *"Família. Que a família é a base da sociedade é lugar-comum repetido há séculos. Mas que é família, para o texto constitucional? Sem dúvida é o grupo social formado por homem e mulher unidos pelo casamento, mais os filhos, se houver. A Constituição vigente não repete o que estava no direito anterior (p. ex., Emenda n. 1/69, art. 175), ou seja, que é o casamento que constitui a família. Mas isso continua válido em face dos §§ 3º e 4º, que falam em "entidade familiar", e não em família, para caracterizar situações que também ampara o Estado"* (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva.1999, p. 282).

> *casamento, declarou que o Estado tudo faria para transformar aquela "união estável" em "casamento"."*[5]

A Família na definição constitucional é uma Garantia Institucional

No Direito, o que chamamos de "garantia" corresponde à proteção que se oferece a um interesse considerado legítimo. Desse modo, a garantia tem uma natureza instrumental e assecuratória, justificando-se pelos perigos em que pode incorrer o interesse resguardado. Trata-se de um meio de defesa.

Dentre as garantias presentes na Constituição, nós encontramos algumas que se referem ao próprio sistema constitucional e democrático, outras que se referem aos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos e outras que se referem a certas instituições. Essas últimas são denominadas de "garantias institucionais".

Embora já existissem garantias institucionais antes, foi somente na primeira metade do século XX, através das contribuições de Carl Schmitt, que se tomou consciência reflexiva do fato. A teoria das garantias institucionais surgiu no momento em que se descobria a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e delineava-se o Estado Social de inspiração weimeriana. No ambiente individualista do Estado Liberal, a explicitação do conceito dessas garantias havia passado despercebida.

O professor Paulo Bonavides, ao tratar do assunto, definiu garantia institucional como "*a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza*".[6]

As garantias institucionais estão referidas a realidades sociais objetivas e suas formas de organização. Não têm por núcleo de proteção os direitos subjetivos fundamentais, embora possam estar indiretamente ligadas a eles.

Uma garantia institucional se torna mais relevante quando se refere à instituição anterior à Constituição e ao próprio Estado. Nesse caso, temos um elemento

---

[5]MARTINS, Ives Gandra, **A disciplina jurídica do homossexualismo / Transformação da ADPF-178-1 em ADI 4277 - Constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil em face do caput e §§ 3º e 4º do artigo 226 da CF – Impossibilidade constitucional de considerar a união entre um homem e um homem ou entre uma mulher e uma mulher, união estável familiar - parecer**. 26/04/2011. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/parecer/a-disciplina-juridica-do-homossexualismo-transformacao-da-adpf-178-1-em-adi-4277-constitucionalidade-do-artigo-1723-do-codigo-civil-em-face-do-caput-e-%c2%a7%c2%a7-30-e-40-do-artigo-226-da-cf-im/> Acesso em: 15 out. 2020.

[6]BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.450

de afinidade com o Direito Natural. A família é um exemplo de instituição que goza dessa anterioridade. Acerca disso, afirmou Aristóteles:

> *"O laço de* ***amizade entre um homem e uma mulher*** *parece existir por* ***natureza****, porque o* ***humano tem, pela sua própria natureza, uma existência a dois mais do que numa comunidade de estado. a nossa família vem em primeiro lugar*** *e de um modo* ***mais vinculativo do que o estado****. De resto, a procriação é a característica mais abrangente de todas as espécies animais. Para as outras espécies, a comunidade existe apenas para o objetivo da procriação; os Humanos, contudo, não coabitam apenas em vista da procriação, mas para providenciar tudo o resto que é necessário para a vida de todos os dias. As funções entre os Humanos estão logo à partida distribuídas e são diferentes para o homem e a mulher. Assim suprem às necessidades uns dos outros ao oferecerem os trabalhos particulares de cada um ao bem da comunidade.... Os filhos parecem ser um vínculo comum, por isso é que os casais que não têm filhos se separam com maior facilidade. Os filhos são o bem comum de ambos, e é por eles que se mantêm juntos."* (grifo nosso)´[7]

A família está diretamente ligada à natureza social do homem. Desse modo, ela assenta suas bases no Direito Natural e na dignidade humana. Portador de uma natureza social, o homem encontra a mulher não apenas para ter com ela o convívio, mas também para gerar filhos e criar uma comunidade de vida. A partir desse núcleo, outras comunidades maiores vão se formando (o clã, a tribo, a cidade e o Estado). A família é uma micrópolis. Nela, os filhos aprendem a andar, falar e são socializados em tradições e costumes comunitários.

O reconhecimento de que chegamos ao Estado por comunidades mais baixas e anteriores é um forte argumento contra o totalitarismo, pois instaura o princípio da subsidiariedade. De acordo com esse princípio, as comunidades mais amplas só poderão resolver o que não tiver sido resolvido em comunidades menores. Assim, o Estado só resolve o que a Sociedade não resolveu (nem pode resolver) e a Sociedade só resolve o que a família não resolveu (nem pode resolver). Tal princípio está implícito no art. 227 da Constituição Federal ("É dever da família, da sociedade e do Estado....").

Hegel observa que a substância moral expressa como espírito requer objetivação. Isso ocorre num movimento que percorre formas diferentes: a família, a sociedade civil e o Estado. Ao falar sobre o casamento, a forma jurídica designada para o modo regular de constituição da família, Hegel afirma:

---

[7]ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caseiro. São Paulo: Atlas, 2009, p.193

> *"Como fato moral imediato, o casamento contém, em primeiro lugar, o* ***elemento da vida natural****, e até como fato substancial, contém a vida na sua totalidade, quer dizer, como realidade da espécie e da sua propagação."* (grifo nosso) [8]

Rosa Maria de Andrade Nery diz que, para o jurista romano Ulpiano, *o Direito Natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais*, destacando que dele *procede a conjunção do macho e fêmea, que chamamos matrimônio e de onde advêm a procriação e a educação dos filhos, pois vemos que também os demais animais, até as feras, se governam pelo conhecimento desse direito*[9]. A mesma autora explica também a lógica do decálogo hebraico, destacando o seu tema central, que é a preservação da vida, assegurada no mandamento que proíbe o homicídio. Como a vida se origina da Família, esta também deve ser protegida pela honra que os filhos dão aos pais, bem como pela proibição do adultério e da cobiça da mulher do próximo. O mandamento relativo ao dia de descanso salienta indiretamente o valor do trabalho como meio de provisão para a família. O "não furtarás" é o respeito ao trabalho do outro, enquanto a proibição de levantar falso testemunho revela a preocupação de preservar a honra alheia[10].

A família constituída a partir da união entre homem e mulher é defendida não apenas por todas as grandes religiões monoteístas (protestantismo, catolicismo, judaísmo e islamismo), mas foi e é defendida entre as culturas pagãs e ateias (comunistas)[11]. Da mais primitiva tribo indígena aos grandes impérios, a família era reconhecida como decorrente da união entre pessoas de sexo diferente.

A família, por ser anterior ao Estado, é um limite ao seu poder. Entre os romanos, existia tanto o culto aos deuses do Estado (públicos) como o culto aos **ancestrais** (religião doméstica). Havia uma divisão de competências entre a religião pública e a religião privada (familiar). Aristóteles disse que a sociedade doméstica existia como uma unidade ao lado da *polis*. Platão inicialmente defendeu um totalitarismo político em sua "República", colocando a família sob o controle

---

[8] HEGEL. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, p. 161

[9] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 52

[10] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97

[11] É interessante salientar que povos pagãos que tinham relações sexuais em seus cultos não tinham casamento homossexual como instituição pública. Isso mostra que a defesa do casamento apenas entre homem e mulher não resulta de uma perspectiva meramente religiosa, mas do exame da natureza das coisas.

completo do Estado, o qual escolheria os cônjuges e educaria a prole, mas voltou atrás quando escreveu o seu livro "As Leis".

Herman Dooyeweerd fez a seguinte observação sobre o declínio da família e ascensão dos regimes autocráticos:

> *"Como poderia a pessoa individual manter a sua liberdade ante o Leviatã romano?... Isto só se deve ao fato de que a antiga família indiferenciada a mantinha... Ao longo da duração do império romano, a família continuou protegendo a liberdade de comércio e indústria. [...] Nos dias dos imperadores bizantinos... a ideia grecoriental de 'sacrum imperium' avançou mais. Isso significou o fim da liberdade civil para o indivíduo. Os gregos não tinham notícia da família romana, e a ideia de marcar sua jurisdição religiosamente frente ao Estado era-lhes estranha. Nesta época, foi destruído o único baluarte da ideia romana de liberdade. Foi engolfada por um absolutismo estatal irrestrito, contra o qual nem sequer o 'jus gentium' pôde oferecer resistência."*[12]

A Família e a Escola, por serem instituições formadoras da sociedade civil[13], tiveram na Constituição a fixação de princípios básicos que devem orientar o legislador infraconstitucional. Conforme Rosa Maria de Andrade Nery, a família é a *primeira das instituições que, como o homem e por meio do homem, 'faz Direito'*. A Família seria a forma *microscópica e originária do Estado*, uma comunidade natural. Os seus membros estão unidos por *uma força que transcende a esfera do Direito*. À semelhança de um Estado ideal e utópico imaginado por alguns filósofos, a Família poderia prescindir do Direito em suas relações internas.[14]

Émile Durkheim disse:

> *"O que constitui verdadeiramente o respeito pela lei é o fato de ela expressar as **relações naturais das coisas**; sobretudo numa **democracia**, os indivíduos só a respeitam na medida em que lhe reconhecem esse caráter."*[15]

A família, desse modo, nunca poderia não estar entre os corpos intermediários cogitados por Montesquieu (*O Espírito das Leis*) e Tocqueville (*A Democracia na América*). Tais corpos, por se colocarem entre o Estado e o indivíduo, são imprescindíveis para a divisão vertical do poder. Durkheim disse que a família era mais importante que um grupo profissional, pois o grupo profissional só compreende parte da existência (a profissão), enquanto a família abarca a totalidade da existência

---

[12]**Las Raíces de la Cultura Occidental**. Barcelona: CLIE, 1998, p. 28-29.
[13] VIRGA, Pietro. **Diritto Costituzionale**. 9ª Ed. Milano: Giuffrè, 1979, p. 401
[14]NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 161-162
[15]**Lições de Sociologia.** Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.150.

(consanguinidade, comunidade de interesses, comunidade de culto, etc). Para o sociólogo francês, a família é uma miniatura da sociedade política[16].

Quando o Estado ousa redefinir de forma arbitrária e antinatural o conceito de família, ele engolfa uma realidade que deveria ser um de seus limites. A família, como instância situada entre o indivíduo e o Estado é suprimida, aumentando o poder do Estado. Durkheim observou:

> *"Nosso mal político está ligado, portanto, à mesma causa que nosso mal social: à ausência de quadros secundários intercalados entre o indivíduo e o Estado. Já vimos que esses grupos secundários são indispensáveis para que o Estado não seja opressor do indivíduo; vemos agora que eles são necessários para que o Estado seja suficientemente liberado do indivíduo."*[17]

Jorge Scala revela o interesse dos regimes totalitários em acabar com a idéia de autoridade presente dentro família. Para ele, a destruição da família é um dos objetivos do totalitarismo:

> *"Não porque despreze as funções da família na sociedade, mas porque é uma comunidade de amor (onde a entrega mútua gratuita é a regra do jogo não escrita, mas sempre vigente) e, por isso, é uma verdadeira escola de liberdade. E o totalitarismo é tão incompatível com a liberdade como com a solidariedade."*[18]

G. Duerig e Klaus Stern distinguiram garantias dos institutos de garantias institucionais. As primeiras se referiam a direitos subjetivos e as segundas nos remeteriam a instituições objetivas. A garantia de instituto se ligaria mais ao Direito Privado (muito embora referido na Constituição) e a garantia institucional estaria mais no âmbito do Direito Público[19]. Nesse caso, entendemos que estaria no âmbito da garantia dos institutos o livre direito de contrair matrimônio, mas a família, a paternidade e a maternidade estariam sob o manto das garantias institucionais tanto quanto a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, etc.

Uma instituição protegida por garantia constitucional está imune às alterações legislativas quanto à sua identidade, ao seu mínimo intangível, aos seus traços essenciais integrativos.

---

[16]**Lições de Sociologia.** Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35
[17]Ob. Cit., p. 134.
[18]SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero: o neototalitarismo e a morte da família.** São Paulo: Artpress, 2011, p. 82
[19]*Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 457

No contexto de Portugal, Jorge Miranda e Rui Medeiros já disseram que uma norma que estabelecesse casamento entre pessoas do mesmo sexo seria inconstitucional por violar os "*princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa*", entre os quais "*dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência de diferença de sexo entre os dois cônjuges*". Desse modo, o legislador terá que "*respeitar a estrutura nuclear da garantia institucional do casamento que se extrai da Constituição*"[20].

José de Oliveira Ascensão também comentou:

> *"Casamento não é um nome apenas, suscetível de cobrir qualquer conteúdo. Tem um sentido próprio, intrínseco, que não está dependente da vontade de cada um. Aqui defrontamos o conceito de* **instituição**. *As instituições, no sentido substancial e não meramente orgânico, são as grandes convicções ou entendimentos sociais que balizam a identidade comunitária. Constituem as bases da formação e continuidade de um povo. Evoluem como tudo que é histórico, mas lentamente, dentro dos tempos próprios da marcha de cada agregado humano. As instituições fornecem suporte objetivo ao desenvolvimento humano e social de uma comunidade. Dão-lhe rotas comuns pré-fixadas de subsistência e desenvolvimento. A Família surge logo à cabeça como instituição-base. É o elemento fundamental de formação, desenvolvimento, estabilidade e continuidade dos seus membros e da sociedade. [...] A família não pode assim ser colocada à mercê de maiorias ocasionais. Há que respeitar os parâmetros básicos da inserção do homem na sociedade. [...] A exigência da diversidade de sexos não é arbitrária. Tem fundamentação poderosa, que é facilmente captável. O casamento supôs sempre a diversidade de sexos por se fundar na complementaridade entre homem e mulher. Homem e mulher são iguais em dignidade, mas diferentes física e psicologicamente. Essa diversidade permite que se complementem numa unidade, constituindo a "plena comunhão de vida"... Nada disso é arbitrário. O casamento dá o enriquecimento na diferença, com a correspondência exata à natureza. Representa o enquadramento perfeito para a procriação, criando laços estáveis para realização pessoal e para permitir o desenvolvimento normal de novos seres. A diversidade biológica e temperamental de homem e mulher, independente das estruturas sociais, é e sempre foi uma evidência. Não é defeito, é qualidade. Estudos científicos recentes confirmam as diferenças na formação da personalidade entre os que são criados em uma família resultante de um casamento normal e os que habitam com um só dos genitores. As diferenças são muito grandes, psicológicas, comportamentais e até biológicas."*[21]

Paulo Ferreira da Cunha, professor da Universidade do Porto (Portugal), observa que *"ninguém quer discriminar os homossexuais"*, mas é *"da natureza do*

---

[20] MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 396, 397 e 405

[21] ASCENSÃO. José de Oliveira. **O Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo**. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf> Acesso em: 20 out. 2014

casamento, e da família nele fundada, a união entre pessoas de sexo diferente". Ressalta ainda que a discriminação existe, isso sim, *"quando as instituições baseadas na justiça e na lei natural são preteridas a favor da anti-norma"*[22]. O professor português distingue o caráter público do casamento entre homem e mulher do caráter privado de outras uniões:

> *"É que a família, a vera família, e o casamento, o autêntico (e aqui não precisa de ser sequer o religioso, mas de uma séria intenção de comunhão de vida), devem ter a proteção legal e estadual, institucional, porque são um fenômeno público, institucional também. As relações ainda que permanentes (sabe-se estatisticamente que, sobretudo entre homossexuais masculinos, são muito pouco permanentes), entre pessoas nas citadas condições não alcançam dimensão senão privada. E apenas como tais merecem ser consideradas."*[23]

O casamento pode sofrer evolução histórica. A monogamia é uma evolução em relação à poliandria e à poliginia, pois garante a igualdade de possibilidades entre os cônjuges. O que não pode acontecer é uma mudança nuclear do casamento, que implique em sua destruição e não em sua evolução. A expressão "casamento homossexual", portanto, não passa de um oxímoro.

O casamento entre homem e mulher revela os valores da diversidade e da complementaridade, ao mesmo tempo em que se torna a matriz da igualdade, pois dessa união biológica procedem todos os seres humanos, independentemente da etnia ou da opção sexual que venham a ter.

Ativismo Judicial Inconstitucional

No caso da referida decisão do STF, o órgão julgador abandonou o seu papel de guardião da Constituição, agindo fora de sua competência e sem legitimidade.

Se a aceitação do casamento homossexual já fosse ponto pacífico para a sociedade e seus representantes, por que não foi aprovada uma emenda à Constituição? Porque não foi mencionada essa união na legislação mais recente sobre união estável?

De acordo com o constitucionalismo clássico, somente uma assembléia constituinte especificamente eleita para fazer a Constituição pode estabelecer o

---

[22]CUNHA, Paulo Ferreira da. **Miragens do Direito: O Direito, as Instituições e o Politicamente Correto.** Campinas: Millennium, 2003, p. 311

[23]CUNHA, Paulo Ferreira da. Ob. Cit., p. 313

Estatuto Fundamental da Sociedade. Essa assembléia deve ser dissolvida logo após a feitura da Constituição. Dentro dessas pressuposições, eu pergunto: "Qual a legitimidade do STF (órgão permanente e sem composição decorrente do voto popular) para reelaborar conceitos estruturais da Constituição?".

O artigo 226 da Constituição fala que a família é a "base da sociedade", e, somente após essa afirmação, fala sobre o casamento e a união estável. Na medida em que a Constituição é entendida como a Ordem Fundamental da Sociedade, a tentativa do STF de redefinir o que o Constituinte classificou como base da vida social esbarrou numa limitação implícita até mesmo para o poder constituinte derivado ou reformador.

Uma limitação implícita ao poder de reforma não resulta de uma vedação específica, mas, sim, do fato de a mudança de um artigo específico implicar em alteração de princípios nucleares da Constituição. Quando há alteração do espírito que anima a Constituição por meio de emenda, o que se dá é a atuação do poder constituinte originário disfarçado de poder constituinte derivado. Diante disso, nós podemos asseverar que o STF usurpou o próprio poder constituinte originário quando criou a união homoafetiva.

Como já foi exposto, por estar sob garantia constitucional de caráter institucional, o núcleo regular da família não poderia sofrer alteração substancial no plano legislativo. Por outro lado, sendo a família a "base da sociedade", a sua definição estaria em posição nuclear da Constituição, impedindo a atuação até mesmo do poder constituinte derivado. Nada disso, porém, impediu o Supremo Tribunal Federal (STF) de reconhecer a "união estável homoafetiva" por meio de julgamento das ADI 4277 e ADPF 132[24]. Isso ocorreu apesar da observação salutar presente no voto do ministro Ricardo Lewandowski:

> *"Assim, segundo penso,* ***não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela construída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher****, quer ainda, na*

[24] A afetividade, conceito psicológico, em razão de seu elevado grau de subjetividade, não ganha relevância jurídica por si só. No Direito Penal, fala-se retoricamente em crime "passional", mas, nesse caso, o objetivo é apenas entender as motivações do delito. O dolo e a culpa, não a afetividade em si, são os elementos técnico-jurídicos relevantes. Até mesmo as relações sexuais são levadas em conta no Direito de acordo com os efeitos que produzem ou possam produzir, como no caso de um crime ou do casamento, onde tais relações podem gerar filhos. Fora desse contexto, as relações sexuais situam-se no campo das relações privadas não diretamente reguladas pelo Direito. Da mesma maneira, afetos como amizade só interessarão ao Direito se produzirem efeitos em outras relações, mas não pelo afeto em si.

> *monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde a que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes."*

Pablo Castro Miozzo[25] analisou a decisão do STF sob o prisma de várias correntes interpretativas do Direito - das clássicas até àquelas ligadas à nova hermenêutica - constatando que nenhuma delas poderia amparar ou fundamentar a referida decisão.

Em 2013, o CNJ, mediante a Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, estabeleceu a obrigatoriedade de os cartórios celebrarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, o abuso de poder ficou mais evidente, pois a decisão do CNJ, órgão de caráter administrativo, foi além da decisão do próprio STF. Tendo essa decisão, assumido a roupagem de uma providência de caráter regulamentar, poupou o CNJ do ônus argumentativo de mostrar que os dispositivos restritivos acerca do casamento constantes no Código Civil eram inconstitucionais. Para declarar, porém, as normas legais do Direito de Família contrárias à Constituição, era necessário também declarar a própria inconstitucionalidade dos dispositivos constitucionais que sustentam a mesma definição de casamento do Código Civil!

Alguém poderia, para isentar o CNJ da responsabilidade pela medida tomada, dizer que, uma vez que o STF reconhecera a união estável entre homossexuais, teria que reconhecer igualmente a sua conversão em casamento. O Ministro Joaquim Barbosa, porém, que presidia o CNJ em 2013, já havia declarado que existia uma diferença entre a união admitida entre parceiros do mesmo sexo pelo STF e a união estável tratada na Constituição:

> *"Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil."*[26]

Nem a analogia poderia se aplicar ao caso, visto que não há semelhança fundamental entre as situações, pois o critério de regulação da união estável entre

---

[25] MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e Criação Judicial do Direito: De Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá, 2014.

[26]STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe n.º 198. Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-3, p.780-781 (http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635

homem e mulher é a finalidade específica que ela é capaz de cumprir, a qual não está presente na união homoafetiva. Além disso, seguindo a lógica da "não-discrimação" adotada, teríamos que ter um casamento duplo (com homem e mulher) para o bissexual, o casamento incestuoso, a poligamia... Não haveria mais impedimentos matrimoniais!

A Constituição faz da união entre homem e mulher o núcleo da família. As entidades familiares e a família extensa são fragmentos ou ampliações resultantes dessa união. Não poderíamos afirmar, como pareceu sugerir o STF e o CNJ, que a literalidade do preceito constitucional atenta contra o princípio da isonomia, ao não incluir a união entre pessoas do mesmo sexo no conceito de união estável ou de casamento. Do ponto de vista hermenêutico, já faz muito tempo que a comunidade jurídica descartou a tese da "norma constitucional inconstitucional", fazendo prevalecer a unidade da Constituição. Embora as regras constitucionais devam ser interpretadas à luz dos princípios, esse procedimento encontra limite no programa normativo derivado do texto das regras.

Conclusão

Diante do exposto, fica claro que o STF, em seu ativismo inconsequente, violou a Separação de Poderes, atuou ilegitimamente como poder constituinte originário e suprimiu uma garantia institucional. Acrescente-se a isso que também não respeitou as regras da hermenêutica jurídica clássica nem os princípios da nova hermenêutica constitucional.

O ativismo judicial nesse caso produziu insegurança jurídica em três niveis. O primeiro nível, de caráter formal, refere-se à distribuição de competências entre os órgãos estatais. Foi instalada uma confusão completa de funções. O segundo nível refere-se ao plano normativo-material. Não se levou em conta a supremacia da Constituição nem o programa normativo como limitador das mutações constitucionais. O terceiro nível é o hermenêutico. Todos os cânones de interpretação foram desfigurados.

Estamos, portanto, diante de uma crise institucional, jurídica e hermenêutica!

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caseiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ASCENSÃO. José de Oliveira. **O Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo**. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf> Acesso em: 20 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Miragens do Direito: O Direito, as Instituições e o Politicamente Correto.** Campinas: Millennium, 2003, p. 311.

DOOYEWEERD, Herman. **Las Raíces de la Cultura Occidental**. Barcelona: CLIE, 1998.

DURKHEIM, E. **Lições de Sociologia.** Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.150.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HEGEL. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra. **A disciplina jurídica do homossexualismo / Transformação da ADPF-178-1 em ADI 4277 - Constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil em face do caput e §§ 3º e 4º do artigo 226 da CF - Impossibilidadeconstitucional de considerar a união entre um homem e um homem ou entre uma mulher e uma mulher, união estável familiar - parecer**. 26/04/2011. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/parecer/a-disciplina-juridica-do-homossexualismo-transformacao-da-adpf-178-1-em-adi-4277-constitucionalidade-do-artigo-1723-do-codigo-civil-em-face-do-caput-e-%c2%a7%c2%a7-30-e-40-do-artigo-226-da-cf-im/> Acesso em: 15 out. 2020.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e Criação Judicial do Direito: De Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero: o neototalitarismo e a morte da família.** São Paulo: Artpress, 2011.

STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe n.º 198. Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-3, p.780-781 (http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635

5. AÇÃO CAUTELAR Nº 4039: SENADOR DELCÍDIO E O DESAMOR À CARTA DE OUTUBRO

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-5

Yuri Felix[1]

1 Introdução: A necessária cultura constitucional e as respostas rápidas no mundo da aceleração

É perfeitamente possível compreender que o processo de globalização[2], a acelerada mundialização, a financeirização e o incremento tecnológico da teia de comunicações fez com o que homem superasse as fronteiras geográficas, desencadeando uma nova dimensão de sua própria história, uma verdadeira aceleração do tempo e da qualidade da relação desta temporalidade com o próprio indivíduo.[3] A ilusão de um galopante progresso nos mais variados temas da vida em comunidade, alimenta e é retroalimentada por elementos que habitam o cerne das relações que se estabelecem entre os indivíduos, como o cientificismo, as técnicas de comunicação e a ansiedade por aquilo que se pode denominar enquanto urgência informacional. O que vale hoje é o tempo da comunicação, o denominado tempo real.

Por certo, não obstante toda complexidade que se vivencia no mundo atual, a trilha do respeito aos direitos consagrados na Carta de outubro, bem como, nos diplomas internacionais de Direitos Humanos, é o caminho necessário e mais

---

[1] Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal. Redes Sociais: @yurifelixadv

[2] Neste sentir: "a globalização subestima o direito na medida em que o tempo da economia não se acomoda ao tempo do direito. A formalidade atravanca a velocidade da decisão econômica. Daí a desconfiança em relação ao direito e a busca de soluções à margem do Estado-Juiz". In: FRANCO, Alberto Silva. Na expectativa de um novo paradigma. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. I. Coimbra, 2009, p. 330. Ainda, a respeito da crise do direito na atualidade e possíveis alternativas ver: CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra, 1998; e do mesmo autor CASTANHEIRA NEVES, A. O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

[3] VIRILIO, Paul. A arte do motor. Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.124.

adequado a ser seguido, sobretudo nas decisões emanadas dos Tribunais Superiores da República Federativa do Brasil. É imperioso que a Constituição Federal de 1988 tenha verdadeira aplicabilidade no mundo da vida, fazendo com que os indivíduos tenham segurança no cumprimento das regras elementares em um jogo democrático e republicano.

Assim, as breves linhas que seguem objetivam demonstrar de forma crítica alguns detalhes que emergiram da decisão de decretação da prisão preventiva do então Senador Delcídio Amaral no bojo Ação Cautelar de nº 4039, produto este, ao menos um deles, da conhecida operação Lava Jato. Ademais, compreende-se que muito daquilo que foi decidido possui constitucionalidade duvidosa, não sobrevivendo a leitura elementar do texto maior de 1988.

2 Breve quadro fático, ponderações e implicações processuais/constitucionais

É imperioso destacar a dificuldade de atribuir um nome a esta pequena contribuição, tendo em conta que, com todas as *vênias*, as inconsistências, impropriedades e reiterações narrativas são férteis e reluzentes quando o assunto é a decisão que determinou a prisão do então Senador Delcídio Amaral, como dito, no âmbito da conhecida Operação Lava Jato. Pois bem, buscando a precisão e o mínimo de rigorosidade, é importante destacar que referido fato ocorreu no ano de 2015, quando, supostamente, o então Senador Delcídio Amaral, juntamente com um advogado carioca e um banqueiro de renome nacional, decidiram, segundo a versão do Ministério Público Federal, buscar influenciar o réu de nome Nestor Cuñat Cerveró a não efetivar o acordo de colaboração premiada ou, caso realizasse, que omitisse o nome do banqueiro, bem como do próprio Senador.

Ainda, segundo o órgão ministerial, valores foram ofertados ao respectivo colaborador com o intuito de comprar o seu silêncio, o que obstaculizaria o desenlace de um eventual acordo premial. Todas estas tratativas tiveram a participação do filho de Cerveró que a partir de um determinado ponto decidiu gravar as reuniões, onde ocorreram, segundo o material carreado ao feito, conversas comprometedoras e não muito republicanas. De posse deste material, o Ministério Público Federal, junto ao

relator do processo, Ministro Teori Zavascki, apresenta pedido, onde requereu a prisão cautelar do Senador Delcídio. Em breve síntese, este é o desenho fático apresentado.

Insta destacar que o ato de decretação da prisão preventiva ocorreu em novembro de 2015, ou seja, anterior a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, estampada na decisão do HC 126. 292 – 2016 - (que mudou a orientação até então consolidada na Corte no HC 84.078, de 2009) dizendo o mínimo, o óbvio - Constituição da República, art. 5º, LVII. Nunca é demais destacar que toda a sistemática internacional de Direitos Humanos, tais como, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art.9º); a Declaração Universal de Direitos do Homem (art. 11); a Convenção Européia de Direitos do Homem (art. 6.2); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2); o Estatuto de Roma (art. 66.1) e, com especial destaque, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2), influenciam ou pelo menos deveriam influenciar a prática do sistema de justiça criminal pátrio. Simples concluir que referidos institutos não foram observados no caso presente.

Enfim, aquilo que foi decretado pelo Ministro relator, pedindo *vênias*, nada mais é do que uma das mais destacadas inconstitucionalidades cometidas no (e pelo) sistema de justiça criminal brasileiro e que em nada contribuiu para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e/ou combate a corrupção, ou seja, cuida-se de uma inobservância dos princípios elementares do Estado democrático e constitucional, pondo de lado toda construção histórica e a própria letra do texto constitucional.

No momento em que o D. Ministro decreta a prisão cautelar do Senador Delcídio, desconhece elementar condição em um processo penal democrático, de que corresponde exclusivamente à parte acusadora - e não a defesa - a demonstração fática, válida, suficiente e argumentativa de participação do acusado nos fatos a ele imputado, não podendo, por certo, a defesa ser submetida, de modo algum, a uma "*probatio diabólica*", de tal modo que a primeira forma de se garantir a presunção de inocência é o reforço deste axioma, exigindo assim provas válidas e suficientes para que seja possível quebrar o estado de inocência, presente em todas as fases do processo penal, em qualquer rito e em qualquer foro. Sendo assim, é flagrantemente inconstitucional a aplicação de quaisquer presunções que possam "*ocasionar una inversión de la carga de la prueba con infracción de la presunción de inocencia (STC 105/1988)*"[4].

---

[4] GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 109-110.

Dito de outra forma, o fato de o parlamentar exercer seus direitos constitucionais (art. 53, §2º, CF/88), frise-se, de forma alguma pode ser entendida como um benefício desmedido, abuso ou desequilíbrio legal, afinal, todos possuem o direito "*de ser tratado como inocente*",[5]ou "*o derecho que a todo imputado asiste a que se presuma su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena*"[6], sendo este, corolário constitucional elementar do processo penal acusatório[7].

Desta arte, somente com estrita obediência aos corolários elementares do Estado de Direito, respeitando institutos forjados no texto constitucional, como a própria imunidade parlamentar – à luz da EC 35/2001 -, somente assim, poderá se desenvolver o escorreito exercício da jurisdição imparcial, comprometida com os valores democráticos e atenta aos mais comezinhos princípios republicanos, ou seja, que verdadeiramente cumpra a Constituição.

Com efeito, entendendo a prisão como *ultima ratio*, o ponto central da reflexão é a de que o indivíduo, em regra, possui a liberdade contra os eventuais excessos do poder estatal, o que na lição de QUEIJO, inclui-se "*o resguardo contra violência físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações*"[8]. Uma prisão arbitrária, que fere a Constituição Federal e o os elementos basilares do Código de Processo Penal, é um abominável excesso do poder punitivo do Estado.

Cabe destaque que, GIMENO SENDRA[9], entende que caso uma decisão judicial seja emanada com base em uma medida que venha a ferir a proporcionalidade, esta

---

[5] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.
[6] GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 108.
[7] "El derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad". In: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 109.
[8] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.
[9] "De conformidad, pues, con la doctrina del TEDH (caso Handyside, S 7 de diciembre de 1976; 'The Sunday Times' S 26 de abril de 1979; Sporrong y Lohnroth, S 24 de septiembre de 1982; Bartoldt, S 25 de marzo de 1985) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, 13/1985, de 31 de enero; 37/1989, de 15 de febrero; 50/1995, de 23 de febrero; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/ 2001, de 10 de junio) pueden extraerse del principio de proporcionalidad, las siguientes notas esenciales: a) todo acto limitativo de un derecho fundamental ha de fundarse y estar previsto (principio de legalidad) en una Ley con rango de Orgánica, pues nuestra

infringirá também o princípio basilar da presunção de inocência e, principalmente, o direito do indivíduo a um tratamento que obedeça todas as garantias[10]. Neste caso, como é perfeitamente possível perceber, trata-se de um infeliz momento da justiça criminal brasileira, no âmbito de sua mais alta Corte.

No mais, quando se afirma que uma situação que se estende no tempo, pode ser caracterizada como um estado de flagrância, demonstra total e profundo desconhecimento das vicissitudes que caracterizam o momento processual denominado flagrância. Entender de forma diferente, significa a promoção de uma verdadeira ginástica hermenêutica a serviço do poder punitivo alargado, inadmissível em uma democracia constitucional. Colocação deste cariz subverte a formalidade e rigorosidade essenciais, transformando o exercício de construção argumentativa em mero golpe de cena processualmente, sofrível, o que é tecnicamente inaceitável e que necessariamente precisa ser rechaçado para o bem do Estado democrático e constitucional de Direito.

E não é só. Buscando o próprio sentido da palavra flagrante, é possível alcançar sua origem do latim "*flagrans, flagrantes*", o que significa que está queimando, em

---

Constitución exige que sólo el Poder Legislativo y a través de una Ley con dicho rango (art. 81 CE) pueda autorizar los supuestos en los que, bien el Poder Ejecutivo, bien el Judicial, hayan de limitar alguno de los referidos derechos fundamentales (STC 207/1996); b) 'toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar *motivada*' (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 37/1989, de 15 de febrero; 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre; 54/1996, de 26 de marzo; 158/1996, de 15 de octubre; 123/1997, de 1 de julio; 236/1999, de 20 de diciembre; 239/1999, de 20 de diciembre, 299/2000, de 11 de diciembre; 47/2000, de 17 de febrero; 202/2001, de 15 de octubre; 138/2001, de 18 de junio; 14/2001, de 29 de enero; y SSTS 23 de junio de 1992, 23 de julio de 2001 -RJ 2001\7297-, 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8331-, 3 de junio de 2002 -RJ 2002\8792-); c) ha de observarse el cumplimiento del subprincipio de *necesidad*, conforme al cual 'las medidas limitadoras habrán de ser *necesarias* para conseguir el fin perseguido' por el acto de investigación, fin o interés que habrá de estar constitucionalmente protegido, siendo indispensable la práctica del acto limitativo del derecho fundamental para alcanzar dicha finalidad constitucionalmente protegida (SSTC 13/1985, de 31 de enero; 66/1989, de 17 de abril; 57/1994, de 28 de febrero; 58/1998, de 16 de marzo; 207/1996; 18/1999, de 22 de febrero; 47/2000, de 17 de febrero; 70/2002, de 3 de abril; ATC 177/2001, de 29 de junio; SSTS 8 de marzo de 2004 -RJ 2004\2804-; 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8331-, 4 de abril de 2002 -RJ 2002\5445-; SAP Guipúzcoa 26 de septiembre de 2003 -ARP 2003\768-; AAP Cádiz 17 de febrero de 2004 -ARP 2004\102); d) ha de existir una *adecuación* o 'congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante', y e) la finalidad perseguida por el acto instructorio y lesivo del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental (subprincipio de la '*alternativa menos gravosa*' para el derecho fundamental) o no debe poderse comprobar '*ex post*' que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio no o menos restrictivo del derecho fundamental (BVerfG 30,292-316-, Gössel; SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 178/1985, de 19 de diciembre; 19/1988, de 16 de febrero; 37/1989, de 15 de febrero; 215/1994, de 14 de julio; 122/2000, de 16 de mayo; 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 169/2001, de 16 de julio; 138/2001, de 10 de junio y SAP Cádiz de 17 de mayo de 1989)". In: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 61-62.

[10] GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 62.

chamas, ardendo, ou seja, um fato que está se desenvolvendo naquele exato momento, naquele recorte fático, ou que acabara de ocorrer[11]. Assim sendo, a prisão em flagrante nada mais é do que aquela que resulta do fato daquele momento e naquele respectivo local.

Por certo, a prisão em flagrante, é uma medida restritiva de liberdade e possui natureza cautelar (ou precautelar), precária, que via de regra e logo em seguida sofre a apreciação e o crivo jurisdicional, tendo em conta e importante destacar seu caráter administrativo. Sua principal identidade é a de fazer com que cesse de imediato a respectiva infração com a prisão do indivíduo. Logo, para que este fenômeno processual ocorra, expressando seu caráter instrumental, é necessário contato visual com o delito provavelmente (sendo) cometido.

Com efeito, é perfeitamente possível concluir, não obstante as espécies de flagrante que se fazem presentes no ordenamento processual brasileiro, que o caso em comento não obedeceu as elementares mais comezinhas da boa técnica processual, fazendo com que aquilo que fora decidido esteja divorciada das bases principiológicas da Constituição da República. Desta maneira, como já sublinhado, não obstante a argumentação de que possa se tratar de um flagrante esperado, retardado, diferido ou até mesmo de uma permanência deste estado de flagrância, não seria tecnicamente cabível admitir tamanha violência linguística e constitucional. Pedindo *vênias*, materializou-se um equívoco.

Considerações finais

Em apertada síntese, buscou-se apresentar destacados argumentos de ordem processual, constitucional e até mesmo linguístico, apontando o equívoco que foi o decreto prisional dirigido ao então Senador da República Delcídio Amaral. O exemplo dado não foi positivo enquanto respeito das categorias elementares da Carta Maior e não observou a necessária rigorosidade processual exigida para uma questão de sensibilidade acentuada.

De mais a mais, importante ter em perspectiva a gradual interferência do poder judiciário nas instituições democraticamente eleitas, tema de atualidade realçada, e isso questiona até mesmo as próprias bases do atual regime democrático e, por certo,

[11] TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 663.

os limites de atuação dos respectivos poderes. Um tema que brevemente deverá ser enfrentado. Assim, necessário concluir que são nos momentos de estresse democrático que os princípios constitucionais precisam ser respeitados/preservados, lamentavelmente, neste caso concreto, não foi o que ocorreu.

Referências

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A. O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Na expectativa de um novo paradigma. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. I. Coimbra, 2009, p. 330.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIRILIO, Paul. A arte do motor. Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

6. CONTROLE JUDICIAL DE NOMEAÇÃO POLÍTICA?

https://doi.org/10.36592/9786587424286-6

Eduardo José da Fonseca Costa[1]

1 Introdução

No dia 18 de março de 2016, nos autos dos processos de mandado de segurança nº 34.070/DF e nº 34.071/DF, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu liminarmente a eficácia do ato de nomeação de Luís Inácio Lula Da Silva pela então Presidente da República Dilma Vama Rousseff para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil: o relator discorreu sobre o desvio de finalidade e o princípio constitucional da moralidade administrativa e afirmou que a nomeação objetivava obstruir o «progresso das medidas judiciais» mediante deslocamento ao Supremo Tribunal Federal dos processos penais que tramitavam contra o ex-Presidente na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

Já no dia 21 de janeiro de 2018, nos autos do processo de reclamação nº 29.508/DF, a então Presidente do Supremo Ministra Carmen Lúcia suspendeu liminarmente a nomeação da Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco pelo então Presidente da República Michel Temer para o cargo de Ministra do Trabalho: considerou-se plausível a alegada usurpação da competência do STF pela decisão do STJ nos autos da suspensão de liminar nº 2.340/RJ, que suspendeu os efeitos da tutela antecipada concedida na ação popular 001786-77.2018.4.02.5102, na qual se objetivava impedir a aludida posse com base no princípio constitucional da moralidade administrativa.

Por fim, no dia 29 de abril de 2020, nos autos do processo de mandado de segurança nº 47.097/DF, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu liminarmente a eficácia do ato de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues pelo atual Presidente

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal em Ribeirão Preto/SP. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (triênio 2016-2018). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual.

da República Jair Messias Bolsonaro para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal: o relator entendeu provável «a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial de nomeação do Diretor da Polícia Federal, em inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público».

Percebe-se, com isso, que o STF tem se intrometido ultimamente em nomeações políticas realizadas por presidentes da República. Mas é possível um controle jurisdicional dessas nomeações? Não se trata de escolha governamental indevassável pelos exercentes da função jurisdicional? Se bem que o Poder Judiciário não possa substituir-se ao Presidente da República na escolha de Ministro de Estado ou do Diretor-Geral da Polícia Federal, juízes e tribunais podem desfazer uma escolha discricionária presidencial que supostamente incorra em desvio de finalidade, ou viole o princípio constitucional da moralidade administrativa?

As dúvidas se impõem, uma vez que na tradição doutrinário-jurisprudencial brasileira sempre se defendeu - com base na separação dos Poderes - a incontrolabilidade jurisdicional desses atos presidenciais, salvo se há afronta inquestionável a requisitos constitucionais ou legais. Assim sendo, a nova postura jurisprudencial configura o quê: a superação de um entendimento ultrapassado, ou mais um episódio temerário de ativismo judicial progressista da atual composição neoiluminista do STF? Para responder à pergunta, será necessário investigar - com paciente cadência - os meandros teórico-analíticos da função presidencial de nomeação política e as peculiaridades do regime jurídico constitucional dessa função. É o que se fará doravante.

2 As posições jurídicas

De acordo com o jurista norte-americano Wesley Newcomb Hohfeld, a expressão «direito subjetivo» pode assumir *quatro* significados fundamentais: a) pretensão [*claim* ou *right*]; b) faculdade [*privilege*]; c) poder [*power*]; d) imunidade [*immunity*]. Por princípio de correlação, essas quatro situações jurídicas *ativas* simples ou elementares se relacionam, respectivamente, com outras *quatro* situações jurídicas *passivas* simples ou elementares: a) dever [*duty*]; b) falta de pretensão [*non-right*]; c) sujeição [*liability*]; d) falta de poder [*disability*]. O

esquema de correlações daí obtido é o seguinte: i) pretensão/dever; ii) faculdade/falta de pretensão; iii) poder/sujeição; iv) imunidade/falta de poder[2].

Todavia, essas posições jurídicas simples ou elementares podem interligar-se sob a titularidade de um mesmo sujeito, e com relação a um determinado bem [= objeto da relação jurídica], formando-se um conjunto unitário e unificante de posições jurídicas simples. São as *posições jurídicas complexas*. É o que se passa, por exemplo, com o *direito de propriedade*, o qual resulta de um conjunto unitário e unificante de: *faculdades* [ex.: o proprietário de um bem imóvel pode dar a ele a destinação que repute ser a melhor, ou simplesmente não usá-la]; *pretensões* [ex.: o proprietário pode exigir que não seja turbado ao utilizar e/ou desfrutar do bem imóvel, bem como excluir todos os demais daquela utilização e/ou fruição]; *poderes* [ex.: o proprietário está legitimado a locar o bem imóvel, dispor dele por testamento ou, por qualquer outro modo, aliená-lo ou defendê-lo por ações pertinentes]; e *imunidades* [ex.: em princípio, o proprietário não pode ser desapropriado do bem imóvel, senão mediante prévia e justa indenização em dinheiro][3].

O *ônus* também é uma posição jurídica complexa, porquanto é resultado do encontro de uma *faculdade* com uma *sujeição*; nesse sentido, o ônus condensa - a um só tempo - *atividade* e *passividade*. Ninguém é obrigado a se casar [= faculdade]; contudo, quem quiser contrair matrimônio civil válido terá de se sujeitar às formalidades estabelecidas em lei [= sujeição] (habilitação matrimonial perante oficial de registro civil, publicação do edital de proclamas do casamento etc.). Da mesma maneira, o demandado não é obrigado a contestar [= faculdade]; entretanto, se quiser impedir os efeitos da revelia, então terá de contestar sujeitando-se ao prazo e à forma estabelecidos no Código de Processo Civil [= sujeição]. Como se vê, o ônus e o dever são situações jurídicas distintas: o primeiro é um «imperativo do interesse próprio»; o segundo, um «imperativo do interesse alheio».

---

[2] Cf. MORITZ, Manfred. *Il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*. Apêndice à obra Wesley Newcomb Hohfeld. *Concetti giuridici fondamentali*. Turim: Giulio Einaudi Editore, p. 166-167; COOK, Walter Wheeler. *Hohfeld's contributions to the science of law*. Yale Law Journal. vol. XXVIII june, 1919 n. 8, p. 723.

[3] Cf. TOMASETTI JR., Alcides. *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 81.

3 A função

Outro exemplo de posição jurídica complexa é a *FUNÇÃO* (também conhecida como *poder funcional*, *poder-dever funcional, dever-poder funcional* ou *potestade*). A função resulta da conjugação de um *dever* a um *poder*. Portanto, assim como no ônus, no âmago funcional também convivem um elemento passivo (o dever) e um elemento ativo (o poder). Em linhas bastante genéricas, a função é o dever de se exercitar um determinado poder no interesse de outrem, que não o do próprio titular[4]. Está implicado aí, portanto, uma atuação a serviço de algo que transcende a própria pessoa do agente. O poder deixa de ser exercitado de modo egoístico para ser exercitado de modo *altruístico*. O poder adquire, enfim, uma compleição *instrumental*: é tão somente um meio técnico-jurídico para a consecução de uma finalidade maior. Daí por que há quem prefira a expressão «dever-poder» em lugar de «poder-dever»[5], posto que a ordem das parcelas não altere a soma. Dentro de um quadrante limitado de poderes que lhe são conferidos, o titular tem o dever de exercitá-los com o objetivo de atender a interesses que não são os seus, mas de outro, que a norma de direito contempla como o beneficiário dos esforços a serem empreendidos. Por conseguinte, se o agente é titular do compósito *poder + dever*, o paciente é titular, correlatamente, do compósito *sujeição + pretensão*: embora sujeito aos efeitos jurídicos do exercício do poder por outrem, o beneficiário tem pretensão a que esse exercício seja realizado no seu melhor interesse[6].

---

[4] Cf., p. ex., MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. n. 228. abr/jun 2002, p. 32: «Consiste a função num plexo de poderes atribuído a determinado ente para que sejam tutelados interesses alheios. É dizer, quem exerce função busca a satisfação de interesses que não os próprios, mas sim de terceiros, através da utilização dos poderes que lhe são conferidos para tal fim». No mesmo sentido: ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 144: «funções (*officia*, *munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo».

[5] Cf., p. ex., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32

[6] Cf., p. ex., LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia dei diritto*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 120: «*Dai diritti soggetttivi vanno nettamente distinte le potestà. II conceito di potestà scaturisce dal coniugarsi di un potere con un obbligo. Nella potestà, infatti, determinati potere sono attribuiti al singolo per il soddisfacimento di interesse che non sono specificamente suoi: tali, per esempio, Ia potestà conferita ai genitori sui figli minori, I poteri attibuiti agli organi pubblici nell'interesse della collettività, ecc. Ma coloro che sono investiti di una potestà non sono liberi di esercitare o meno i poteri ad esse conferiti nell 'interesse altrui, ma sono obbligati ad esercitarli; e il perseguimento di tali interessi non è affifato al mero arbitrio dei titolare della facoltá, ma alla sua prudente discrezionarità. Colui che è investito di una potestà è quindi titolare di poteri, il cui uso discrezionale costituisce per lui un obbligo: ciò si suole indicare coi termini di ufficio o, piú frequentemente, di funzione:*

4 As *funções* no direito privado

Em geral, a função está associada aos diferentes ramos do direito público [ex.: direito administrativo]. Deveras, o direito público é o solo mais fértil para a proliferação desse tipo de posição jurídica complexa. Afinal de contas, o titular de uma função sempre desempenha *autoridade*. No entanto, a função é uma categoria da teoria geral do direito, não um *elementum specificum* do direito público. Funções não são completamente estranhas ao direito privado. Conquanto o direito subjetivo seja categoria estruturante do direito privado, nele há âmbitos institucionais em que a categoria da função é relevante. Há *autoridades públicas* e *autoridades privadas*, pois. Basta lembrar, por exemplo, que o pai e a mãe têm autoridade sobre o filho, justamente porque têm poderes funcionais em relação a ele.

No direito privado, são exemplos de função: a) o *poder familiar* [= dever dos pais de exercitarem o poder de criação, formação e administração dos bens dos filhos no interesse destes]; b) a *guarda* [= dever de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo-se a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais]; c) a *tutela* [= dever de exercitar, no interesse de menor que se acha fora do poder familiar, os poderes de administrar-lhe os bens, dirigi-lo, protegê-lo, representá-lo e assistir-lhe nos atos da vida civil]; d) a *protutoria* [= dever de fiscalizar os atos de tutor]; e) a *curatela* [= dever de cuidar dos interesses de outrem que se encontra incapaz de fazê-lo]; f) o *apoio* [= dever de prestar apoio à pessoa com deficiência na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer a sua capacidade]; g) a *gerência* [= dever de exercitar o poder de administração de uma empresa no interesse dela]; h) a *função social do proprietário* [= dever de exercitar as faculdades e os poderes inerentes à propriedade no interesse da coletividade]; i) a *sindicância condominial* [= dever de exercitar o poder de administração de um condomínio no interesse dos condôminos]; j) a *função do testador* [= dever, incumbido pelo próprio testador, de que se lhe cumpram as disposições de última vontade]; k) a *função do agente fiduciário* [= dever de representar a comunhão dos debenturistas, no interesse destes, perante a companhia emissora]; l) a *função do*

Correlativamente alia potestà corrispondono dal lato passivo dei potere, una soggezione, e dal lato altivo deli 'obbligo, una pretesa».

acionista controlador [= dever de exercitar o poder de controle acionário para que a companhia realize o seu objeto e cumpra a sua função social]; m) a *função da assembleia geral das sociedades* [= dever de, no interesse da sociedade, decidir todos os negócios relativos ao seu objeto e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento]; n) a *liquidação extrajudicial* [= dever de realizar o ativo, pagar o passivo e dividir o saldo remanescente entre os acionistas quando da conclusão dos negócios pendentes da companhia]; o) a *função do conselho fiscal* [= dever de fiscalizar os atos dos administradores, verificando o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários]; p) a *função do administrador judicial na falência* [= dever de administrar e representar legalmente a massa falida]; q) *a função do administrador na recuperação judicial* [= dever de fiscalizar as atividades do devedor e o respectivo cumprimento do plano de recuperação judicial].

5 Os ilícitos funcionais

Como se nota, todo poder funcional se consubstancia em três elementos fundamentais: 1) um *dever* [elemento estrutural]; 2) um *poder* [elemento instrumental]; 3) um *interesse alheio a ser protegido* [elemento teleológico]. A partir dessa unidade trinitária é possível inferir o conjunto das possíveis *ilicitudes* implicadas no exercício de uma função (às quais se dá o nome de *arbítrio em sentido amplo*): 1) *arbítrio em sentido estrito* [= alguém se investe em uma função juridicamente inexistente, que não está prevista em qualquer regra do ordenamento jurídico]; 2) *usurpação* [= alguém se investe em uma função que se encontra sob a titularidade alheia]; 3) *disfunção*: 3.1) o *abuso de poder*: 3.1.1) *excesso de poder* [= a pretexto de desempenhar uma função, o titular se investe em parcela de poder que não está nela compreendido); 3.1.2) *desvio de poder* ou *desvio de finalidade* [= o titular procura atender ao próprio interesse, ou ao interesse de quem não seja contemplado como beneficiário pela norma jurídica que outorga a função); 3.2) *deficiência* [= o titular exercita a função de modo defeituoso quanto à forma, ao conteúdo, ao procedimento ou ao objeto]; 3.3) *negligência*: 3.3.1) *omissão* [= o titular simplesmente não exercita a função); 3.3.2) *insuficiência* [= o titular exercita a modo insuficiente para satisfazer o interesse alheio protegido]; 3.3.3) *ineficiência* [= o titular exercita a modo insuficiente para satisfazer o interesse alheio protegido].

Havendo todas essas antijuridicidades, é necessário que se investiguem as *sanções jurídicas* correspondentes a cada uma delas. De ordinário, os *exercícios arbitrários, usurpativos*, *abusivos* e *defeituosos* provocam *a invalidade do ato*. É o que prevê, por exemplo, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (a chamada «Lei da Ação Popular»), que imputa o vício de *nulidade* ao ato lesivo ao patrimônio público praticado com desvio de finalidade [art. 2º, *e*] (d. n.). De acordo com a lei, verifica-se o mencionado desvio «quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência» [art. 2º, parágrafo único, *e*]. É interessante registrar que nem sempre a invalidade é uma consequência jurídica negativa, uma sanção: se os efeitos jurídicos do ato interessam a *outrem*, a invalidade é uma consequência jurídica negativa do incumprimento de um *dever* e, por isso, é uma sanção; em contrapartida, se os efeitos jurídicos do ato interessam ao próprio *praticante*, a invalidade é uma consequência prática inconveniente do desatendimento a um *ônus*.

Por sua vez, na ordinariedade dos casos, o *exercício negligente* importa *na suspensão ou na perda da função, com ou sem a substituição do titular*. Pode haver: α) a suspensão do exercício funcional com a substituição temporária ou *ad hoc* do titular [ex.: nomeação de defensor *ad hoc* para atuar em audiência caso, intimado, o advogado do acusado não compareça - Código de Processo Penal, artigos 263 e 265]; β) a suspensão do exercício funcional sem a substituição do titular [ex.: suspensão do poder familiar por arruinamento dos bens dos filhos - Código Civil, art. 1.637]; γ) a perda da função com a substituição definitiva do titular [ex.: destituição de tutor por negligência - Código Civil, art. 1.766]; δ) a perda da função sem a substituição do titular [ex.: extinção do poder familiar por abandono do filho - Código Civil, art. 1.638, II].

6 As funções e os ilícitos funcionais no direito constitucional

Âmbito fecundo para a disseminação de poderes funcionais é decerto o *sistema de direito constitucional positivo*. Aqui, merecem destaque as *três* funções essenciais do Estado: i) a função *jurislativa* (que é função típica do Poder Legislativo, mas não exercida constitucionalmente apenas por ele - ex.: adoção de medida provisória pelo Presidente da República); ii) a função *jurisdicional* (que é função constitucional típica do Poder Judiciário, mas não exercida apenas por ele - ex.: julgamento dos crimes de

responsabilidade pelo Senado Federal); iii) a função *administrativa* (que é função constitucional típica do Poder Executivo, mas não exercida apenas por ele - ex.: realização de licitação e concurso público pelos Poderes Legislativo e Judiciário). *Grosso modo*: i) a *jurislação* é a criação do direito; ii) a *jurisdição* é a aplicação do direito por um terceiro imparcial à relação discutida; iii) a *administração* é a aplicação do direito pela própria parte da relação discutida, ou por um terceiro parcial.

É papel da Constituição estabelecer os limites positivos e negativos para o desempenho dessas funções primordiais do Estado, bem como as sanções para o eventual desprezo a esses limites; somente à Constituição cabe prever as sanções imponíveis aos exercícios arbitrário, usurpativo, abusivo, defeituoso e negligente das funções jurislativa, administrativa e jurisdicional. Aliás, por força da *separação trissegmentada dos Poderes* [CF/1988, artigos 2º e 60, § 4º, III], a Constituição há de prever essas sanções mediante regras *expressas*, *objetivas, bem delimitadas* e *excepcionalíssimas*. É inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nulifique ato político do Presidente da República que a Constituição não qualifique expressamente como um desvio de finalidade, ou ordene ao Presidente da República que supra inércia política não qualificada expressamente pela Constituição como uma omissão ilícita.

Nenhum Poder pode extrair das entrelinhas constitucionais hipóteses implícitas de arbítrio, usurpação, abuso, deficiência e negligência cometidas por outro Poder, nem reprimi-las com sanções subentendidas. Daí por que a Constituição não prevê sanção jurídica para todas as situações de arbítrio em sentido lato. Verifica-se aí um *regime de fragmentariedade*, pois: as hipóteses reprimíveis de arbítrio, usurpação, abuso, deficiência e negligência devem estar reservadas a um número pequeno de situações graves selecionadas com pudor pelo próprio texto constitucional. Verifica-se aí, em consequência, um *regime de intervenção mínima* de um Poder no outro. A interferência interpotestativa é sempre a *ultima ratio*. Sem isso não é possível que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário operem de modo independente e harmônico entre si.

Uma das situações graves selecionadas pela Constituição é a prática de *crime de responsabilidade* por Presidente e por Vice-Presidente da República, cujo processamento e julgamento competem privativamente ao Senado Federal [CF/1988,

art. 52, I] após autorização por maioria qualificada da Câmara dos Deputados [CF/1988, art. 51, I]. Outra situação é a *ausência* de medida para tornar efetiva norma constitucional, caso em que - declarada a inconstitucionalidade por omissão - o STF dará «ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias» [CF/1988, art. 103, § 2º].

7 A função presidencial de nomeação política e o desvio de finalidade

Tome-se o exemplo da função presidencial de nomear Ministro de Estado. Como cediço, os escolhidos para o cargo devem ser «brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos» [CF/1988, art. 87, *caput*]. Trata-se de *função* propriamente dita, pois o Presidente da República tem o dever de nomear Ministros de Estado para que possa ser por eles auxiliado na direção superior da administração federal e, com isso, atender não aos seus interesses pessoais, nem aos interesses do nomeado, mas aos interesses da Nação [CF/1988, art. 84, I e II].

Eventualmente se poderia cogitar de três ilicitudes praticáveis pelo Presidente da República em relação a essa específica função: 1) *omissão* [= o Presidente da República simplesmente se omite de escolher quem quer que seja, deixando o cargo ministerial vago]; 2) *desvio de finalidade* [= a pessoa é escolhida não para coadjuvar o Presidente da República no atendimento aos elevados interesses na Nação, mas para atender a interesses outros pouco nobres, como veleidades e caprichos]; 3) *excesso de poder* [= o Presidente escolhe quem não cumpre os requisitos do *caput* do artigo 87 da CF/1988].

Ora, a Constituição não prevê a hipótese (1) como *ilícito omissivo caducificante*; logo, não existe respaldo constitucional para que a omissão presidencial seja suprida - mediante substituição *ad hoc* - por outrem. Tampouco se prevê a hipótese (2) como *ilícito comissivo invalidante*. Não há regra jurídica constitucional que tenha como: a) hipótese de incidência [it.: *fattispecie*, *situazione-tipo ipotizzata;* al.: *Tatbestand*], o exercício abusivo da função nomeadora por desvio de finalidade; b) como consequência jurídica [it.: *statuzione*, *conseguenza giuridica;* al.: *Rechtsfolge*], a nulidade da nomeação. As nomeações políticas são de *livre escolha* do Presidente da República (e, por paralelismo de formas, igualmente

são de livre exoneração). As razões subjetivas, que levam a autoridade máxima do Poder Executivo a escolher alguém, são insondáveis. Daí por que o Presidente da República não precisa *motivar* a sua escolha discricionária e, assim, submetê-la a um controle público objetivo-racional. Afinal, o hífen da relação Presidente-Ministro exprime *fidúcia*, *confiança*. E confiança é sentimento íntimo de segurança e, por isso, inobjetivável. Logo, é irrelevante a ocasional falta de familiaridade técnico-cientifica do escolhido com a especialidade do Ministério. O Ministro da Economia não precisa ser economista; nem o Ministro da Saúde precisa ser médico; nem o Ministro das Relações Exteriores precisa ser diplomata. Só se exige que o Presidente confie no escolhido e que o escolhido cumpra os requisitos do *caput* do artigo 87 da CF/1988. Nada mais. Quando muito a Constituição prevê como *ilícito comissivo invalidante* a hipótese (3). Isso significa que se pode impugnar judicialmente a nomeação, para Ministro de Estado, de quem não seja brasileiro, de quem tenha menos de vinte e anos, ou de quem não esteja no exercício dos direitos políticos. Por força do art. 12, § 3º, VI, da CF/1998, também se pode impugnar em juízo a nomeação, para Ministro de Estado da Defesa, de quem não seja brasileiro nato. Fora da hipótese (3), portanto, o controle judicial da nomeação de Ministro de Estado configura *afronta à separação de Poderes*. É controle indevido de ato político.

8 A função presidencial de nomeação política e a moralidade administrativa

Há quem invoque o *princípio da moralidade administrativa* [CF/1988, art. 37, *caput*] para justificar o controle judicial - amplo, geral e irrestrito - sobre as nomeações políticas. É preciso cuidado, porém. A moralidade não se aplica *per saltum*. *Aplicar* é enquadrar o caso na norma e extrair consequências jurídicas. Isso significa que na aplicação se entrelaçam dois juízos consecutivos: subsunção → estatuição. Todavia, isso é estrutura própria de *regra*. A regra se define porque tem hipótese de incidência e consequência jurídica [Se A, então B deve-ser]. O princípio se limita a prescrever um «estado ideal de coisas» para um certo âmbito social [B dever-ser]. É o que faz o princípio da moralidade administrativa: prescreve condutas éticas no âmbito da Administração Pública. Mas é preciso norma que descreva quando a conduta é imoral e qual a sanção imponível. É preciso *regra densificante*. Logo, não se

pode aplicar princípio. Só regra. Entre o princípio e o caso sempre se põe uma regra. Na verdade, princípio não tem normatividade[7]. Situa-se no plano intermediário entre o valor e a norma[8]. É mera «normatividade a caminho». Não tem autossuficiência operacional. Assim, quando o juiz «aplica» a moralidade para nulificar nomeações políticas, na realidade ele cria artesanalmente uma regra entre o princípio e o caso [*interpositio iudicis*]. Usurpa competência legislativa. Ele densifica unilateralmente o princípio estruturando *in casu* e *ex post facto* uma regra judicial implícita de eficácia *ex tunc*. Todavia, não tem legitimidade democrática para expressar a *volonté générale du peuple*, pois é aprovado em concurso de provas e títulos, ou nomeado politicamente por chefe de Estado. É importante frisar que inexiste «método densificante» único e unívoco de princípio. A realização da moralidade se pode dispersar em múltiplas regras igualmente optáveis entre si. Portanto, quando se nulifica nomeação política alegando-se desvio imoral de finalidade, exerce-se *pseudojurisdição*. Desempenha-se indevida atividade político-deliberativa, tópico-sobresuntiva e, por isso, dessintonizada com a separação de Poderes [CF/1988, artigos 2º e 60, § 4º, III]. Ao fim e ao cabo, a teoria «jurídica» da «aplicação de princípios» não passa de teoria *política* do empoderamento judiciário, do protagonismo judicial, do judiciocentrismo, do governo dos juízes, da autocracia togada. Objetiva-se com ela suprimir o Estado democrático de direito legislado [CF/1988, artigos 1º e 5º, II] por um *Estado aristocrático de direito judicial*. Trata-se de atentado contra a democracia representativa parlamentar. A regra de intermediação entre a moralidade e as nomeações políticas só deve resultar da criatividade omnilateral do legislador [*interpositio legislatoris*]. Ao legislador - e somente a ele - compete densificar o princípio da moralidade. E lhe compete fazê-lo mediante a criação de regra *ex ante facto* de eficácia *ex nunc*. O exercício privativo da competência legislativa lhe permite esquematizar *ante causam* uma regra jurídica explícita, com hipótese de incidência e consequência jurídica bem definidas. Porque escolhido pelo povo, o legislador tem legitimidade democrática para expressar a *volonté générale*, promovendo a mediação entre o princípio jurídico e os casos práticos.

---

[7] Cf. COSTA, Adriano Soares da. A *descritividade da ciência do direito*... <https://cutt.ly/JfXCxRh>
[8] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 226-227.

9 Remate

Assim, é chegado o momento de responder às perguntas feitas no início deste texto.

P.: É possível um controle jurisdicional das nomeações políticas realizadas pelo Presidente da República?

R.: NÃO, salvo se houver inquestionável afronta a requisitos constitucionais ou legais.

P.: Não se trata de escolha governamental indevassável pelos exercentes da função jurisdicional?

R.: SIM.

P.: Se bem que o Poder Judiciário não possa substituir-se ao Presidente da República na escolha de Ministro de Estado ou do Diretor-Geral da Polícia Federal, juízes e tribunais podem desfazer uma escolha discricionária presidencial que supostamente incorra em desvio de finalidade, ou viole o princípio constitucional da moralidade administrativa?

R.: NÃO.

P.: A nova postura jurisprudencial do STF configura o quê: a superação de um entendimento ultrapassado, ou mais um episódio temerário de ativismo judicial progressista da atual composição neoiluminista do STF?

R.: Mais um episódio temerário de ativismo judicial progressista da atual composição neoiluminista do STF.

É indispensável lembrar que a Constituição faz o Supremo Tribunal Federal. Não o contrário.

Referências

COOK, Walter Wheeler. *Hohfeld's contributions to the science of law*. Yale Law Journal. vol. XXVIII june, 1919 n. 8. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2695&context=ylj. Acesso em: 13 out. 2020.

COSTA, Adriano Soares da. A descritividade da ciência do direito: diálogo com Humberto Bergman Ávila. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4741, 24 jun. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/49992. Acesso em: 13 out. 2020

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia dei diritto*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. n. 228. abr/jun 2002.

MORITZ, Manfred. *Il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*. Apêndice à obra Wesley Newcomb Hohfeld. *Concetti giuridici fondamentali*. Turim: Giulio Einaudi Editore.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TOMASETTI JR., Alcides. *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

7. NO POPULISMO DE NOSSO TEMPO, IMPORTA UM FUTURO QUE RESISTA AO CANTO DAS SEREIAS

https://doi.org/10.36592/9786587424286-7

Lenio Luiz Streck[1]

Introdução

Com o julgamento – do qual fiz parte como "Amigo da Corte" – das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, em 2019, o Plenário da mais alta Corte do país concluiu pela procedência dos pedidos e a consequente declaração de constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Para a corrente vencedora, composta pelos ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF, o Artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual "*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*", está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Foram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entenderam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola(ria) o princípio da presunção de inocência, impondo uma decisão angustiantemente apertada no plenário do Supremo

---

[1] Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá (Colômbia) e de outras universidades internacionais. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

Tribunal Federal, mas, ainda assim, fazendo prevalecer a linguagem pública ancorada em nosso texto constitucional.

Entretanto, é de se frisar: o entendimento fixado pelo órgão de cúpula do Judiciário, como se sabe, é produto de um conjunto argumentativo que, a seu modo, fundamenta o posicionamento dos Ministros que compõem a Corte. Complemento o argumento: embora acene ao propósito de unidade refletido na Constituição Federal, a decisão espelha, também, distintas orientações não apenas a um conceito de Direito (conjunto de regras, conjunto de regras *mais* princípios etc.), mas, ainda, a própria função judiciária no Brasil, sobremodo, após a Carta 1988 (procedimentalismo, substancialismo ou, no limite do discurso, o danoso ativismo judicial)[2]. Justamente por isso é possível assinalar: embora sustentáculo da República, a autonomia do Direito[3] e seu traço civilizatório, esboçados em um paradigma intersubjetivo, estão sempre ameaçados.

Assim, sem perder de vista esse caldo problematizador, à época do julgamento das ADCs e adotando uma perspectiva crítica, ou seja, que não se limitou a descrever a mecânica da decisão, procurei ensaiar, à luz de minha Crítica Hermenêutica do Direito[4], uma análise sobre a decisão. Era o papel da doutrina, pois. Agora, quase um ano após a última reviravolta sobre o tema no Supremo, penso que, talvez, a tarefa acadêmica imposta permaneça, mas sob outro viés: para além do constrangimento epistemológico (do qual falarei no desfecho desse breve texto), a que devem se

---

[2] Sobre esses temas, por todos, remeto ao meu STRECK, Lenio. Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[3] Isso porque, estabelecendo um lugar de fala para esta premissa, sustento em meu *Dicionário de Hermenêutica* que a "autonomia do Direito está ligada, fundamentalmente, à democracia e ao Estado Constitucional. Mais especificamente, ao Constitucionalismo Contemporâneo. Sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica não é produto de escolhas, mas, sim, é um dever de buscar a resposta correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito". STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 31.

[4] Muito sinteticamente, a Crítica Hermenêutica do Direito por mim fundada constitui matriz teórica que, sob os aportes da filosofia (em especial, da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer), possibilita a análise crítica do fenômeno jurídico. Esse movimento também sofre influências de Warat no tocante à sua crítica ao senso comum teórico, incorporando ainda a noção de coerência e integridade de Dworkin. Trata-se, portanto, de uma matriz teórica para o direito com fundamentos filosóficos e de teoria do direito. Sob o aspecto metodológico, desenvolve-se sob o prisma do método fenomenológico hermenêutico. O ponto central da adoção dessa metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, que indicam a ideia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno. Em contraposição a isso, o método fenomenológico hermenêutico implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio. Em poucas palavras: revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno.

submeter os julgados após esse importante marco (a procedência das ADCs), intuo que ganha relevância a advertência a, nesses polarizados tempos, resistir ao canto das sereias. Como um Ulisses.

E por quê? Como todos sabem, a discussão jurídica do julgamento foi notadamente marcada, sobremodo frente ao clamor das ruas, por argumentos morais e políticos. Quero dizer, *antes* do Direito, no cerne da questão estavam réus e eventuais (e futuros) envolvidos na decisão. Um certo consequencialismo rondou o Plenário, como se o Direito, confundido com mero instrumento de poder (moral, econômico e político), tivesse sua autonomia embaralhada à de seus atores.

Assim, não por outra razão, tão importante quanto a decisão de 2019, no julgamento das ADCs, intuo ser a necessidade de manter a autonomia do Direito, o que ocorre, de fato, somente com o Supremo Tribunal Federal reafirmando-a e guardando efetivamente a Constituição, como um Sísifo diante de tarefa nunca concluída. É nesse sentido que argumento aqui.

Entre clamores e mutações constitucionais, prevaleceu a ortodoxia do Direito: de como é importante, agora, mantê-la

Durante o julgamento das ADCs, vários foram os posicionamentos dos Ministros que integram o órgão de cúpula do Judiciário no Brasil, diferindo não apenas em relação ao produto do voto, mas, ainda, frente às razões argumentativas que fundamentaram suas posições. Desses mesmos (e distintos) posicionamentos, o que se teve foi "mais um" *jurisprudence turn* sobre a prisão em segunda instância no Brasil [5]. E tal guinada, em que pese reestabeleça garantias fixadas no texto constitucional e, muito por isso, reforce a autonomia do Direito, também permitiu verificar (justamente nos votos divergentes) não apenas o velho *dualismo metodológico*[6] enfrentado pelas teses de Heller, Löwenstein, Hesse, Canotilho e tantos

[5] Importa não perder de vista, nesse sentido, que, de 2009 a 2016, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que o recurso interposto contra decisão condenatória seria recebido com efeito devolutivo e suspensivo, de modo que não se admitia a execução provisória (antecipada) da pena, tendo em vista não haver o trânsito em julgado da sentença. Esse entendimento, contudo, mudou em 2016 (o "primeiro" *jurisprudence turn*), por ocasião do HC 126.292/SP, promovendo uma verdadeira guinada no entendimento acerca da presunção da inocência, passando a permitir a execução antecipada da pena. Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Trinta anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[6] Resumidamente, trata-se de um fenômeno presente no conceito de mutação constitucional do professor de Direito público alemão Paul Laband e do também professor e juiz alemão Georg Jellinek.

outros ainda no século XX, mas, também, as insistentes subjetividades que projetam o Direito como aquilo que os Tribunais dizem que é, acenando, assim, a uma espécie de *realismo jurídico*[7]. É dizer: embora não haja distintas dimensões opondo o Direito e a realidade[8], projetando uma realidade social que vem para *substituir* a Constituição e sua força normativa, o caso da (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância, no STF, também acenou à também já superada (e, por isso, presente como um paradoxo) tese da *mutação constitucional*[9], compreendida sinteticamente como aquela em que as normas constitucionais necessitam de uma espécie de releitura a partir da realidade social, canalizada, sobretudo, na imprecisão do que aqui se refere, contemporaneamente, como a *voz das ruas*. Projetada a partir do Judiciário, considerado o ator responsável por essa tarefa, tal ação corresponderia à projeção de reformas informais no texto constitucional empreendidas por uma suposta interpretação atualizadora.

Combatendo justamente essa espécie de discricionária tentação (ou esse incompatível posicionamento com o Estado Democrático de Direito), mereceu destaque a posição do Ministro Celso de Mello. Como já observado sumariamente, o decano do STF afirmou, à época, que não se discordava da necessária repressão a todas as modalidades de crime praticadas por agentes públicos e empresários delinquentes. Mas isso não significava concluir, como bem pontuou o Ministro, a defesa do princípio da presunção de inocência como obstáculo às atividades investigatórias e persecutórias do Estado. Ou seja, o clamor (a chamada *voz das ruas*) pela repressão a quaisquer crimes não pode desrespeitar a ordem jurídica ou, mais pontualmente, os direitos e garantias fundamentais dos investigados, imprimindo novos sentidos à Carta Magna.

Também por isso, se a Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos – como aqui se defende –, e nem o Poder Judiciário embasar suas

---

Deita raízes no século XIX, período em que – entendia-se – havia uma contraposição entre a realidade social e a normatividade constitucional. Deslocado no tempo, como se vê, é francamente incompatível com o paradigma intersubjetivo em que se insere o Constitucionalismo Contemporâneo.

[7] Ver, aqui, os verbetes correspondentes (Dualismo Metodológico e Realismo Jurídico) em STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020.

[8] No Brasil, bem marcada por uma espécie de essência corruptiva de nossas relações, abrindo espaço a um imaginário que vê no Judiciário a única saída a todos os males.

[9] Ver DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Tradução Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998 e meu STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020.

decisões no clamor público, como põe acertadamente o Ministro, também fica rejeitado qualquer posicionamento que confunda a *autonomia do Direito* com a discricionariedade dos Tribunais, imprimindo, *a seu modo*, distintos sentidos ao texto constitucional. Foi o caso, entretanto, do posicionamento do Ministro Luiz Fux, ao propor que, "na medida em que o processo tramita, a presunção vai sendo mitigada". Ora, ou o Direito tem um grau de autonomia que está para além do poder do Supremo Tribunal Federal dizer algo que a Constituição não disse, ou esse mesmo órgão de cúpula do Judiciário atuará como uma espécie de Poder Constituinte. Em pleno paradigma da intersubjetividade (rompendo tanto com o objetivismo da Metafísica Clássica quanto com o subjetivismo da Metafísica Moderna) a alicerçar o Estado Democrático de Direito, nada mais paradoxal, portanto.

O que se intenta com esses dois posicionamentos, mais que mera lembrança, é demonstrar como o desdobramento e a repercussão do caso (mobilizando a atenção de diversos segmentos sociais brasileiros) apontaram a uma espécie de metamorfose entre a discussão jurídica-constitucional imposta pela própria questão e um tema político, travado à luz dos aspectos morais envolvendo todo um histórico de impunidade, agudizado, aqui, por recentes crises, que, frisa-se novamente, não distanciam-se dessa pretensa essência a cristalizar esse traço – o da impunidade – no Brasil.

Contudo, evidentemente a tese da resposta correta não admite a naturalização de distintos posicionamentos (dessa ordem) como "igual e legitimamente possíveis". Daí que enfrentar esse problema, que de resto se reconhece grave, não pode se dar (como nos votos divergentes) desconectando o Artigo 283 – *em que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo* – do princípio da presunção da inocência, bem demarcado no Artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

É dizer: a decisão (*constitucionalmente adequada*[10]) não poderia desconsiderar – como não desconsiderou – o teor do Anteprojeto da Lei 12.403/11, que alterou o Art.

[10] Tanto em minha Crítica Hermenêutica do Direito quanto no modelo integrativo dworkiniano, sentenças e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado. É preciso, aqui, atentar para a diferença: há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020.

283 do Código de Processo Penal, que dizia, "assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária [o *princípio*, institucionalizado na historicidade de nossas relações políticas, marcadas, sobremodo, por um longo período autoritário], desfiguraram o sistema".

Ao retomar pontos da discussão – e da análise feita à época – o que com isso se quer mostrar é que se, *no julgamento das ADCs*, não se pôde desconsiderar esses pressupostos bem fixados por uma linguagem pública, nos moldes propostos pelo Wittgenstein das *Investigações Filosóficas*[11], encontrar a melhor decisão, *daqui em diante*, também não poderá se dar à margem desses mesmos fatores. É nesse sentido, portanto, que a decisão, por apertada maioria[12], colocou-se como *constitucionalmente adequada*, mas não encerrou a questão. Afinal, se a decisão zelou pelas garantias fixadas em nossa carta constitucional que, como bem frisou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, não é uma "mera folha de papel", posicionamentos divergentes devem, muito por isso, "permanecer" constantemente constrangidos. É tarefa de Sísifo. A pedra deve ser sempre rolada.

Populismo judicial: o canto das sereias e nossas tentações corretivas

A autonomia do Direito foi resguardada, como até aqui se viu. Isso não significa, entretanto, o esgotamento da questão. Interpretativo e deitado na historicidade que nos molda, o Direito (e seu público sentido) depende(m) de uma contínua defesa, sobremodo, frente a seus predadores externos, como a moral e a política, por exemplo, vetores em que o populismo de várias tonalidades deita raízes. Embora associado ao autoritarismo dos Anos 1930 em fenômeno recorrente em boa parte do mundo entre-guerras na primeira metade do século XX, seu sentido, entretanto, também convenciona-se, contemporaneamente, a uma tentativa (moral e política) de agradar maiorias, notadamente importantes em ambientes democráticos, eis que figuram mesmo como alicerces de alcance e manutenção do poder.

Há aí uma espécie de teleologia egoística na relação entre líderes e liderados, portanto, a indicar caminhos nessa perigosa relação. Digo perigosa porque, à toda

[11] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.
[12] Revelando um traço em boa medida *personalista* tanto nos resultados quanto nas fundamentações projetadas.

evidência, esse diálogo faz coro a uma espécie de rousseauniana "vontade geral" como um certo tipo utópico de ápice democrático, em que assim se teria o povo (e sua vontade) efetivamente no poder. É por essa razão – que, no mais, ignora um contramajoritário traço democrático – que o Direito, num ambiente político de traço populista, está sempre em perigo. E se a "maioria", com aspas mesmo, "não gostar" das garantias previstas pela Constituição? Pela cartilha populista, rasgam-se. Esse é o ponto.

As ADCs projetaram o necessário constrangimento epistemológico à questão, clareando as já tão e igualmente claras regras legais e constitucionais sobre a presunção da inocência. Primou pela defesa da autonomia do Direito, resguardada por uma resposta adequada, abertamente diferente daquela simplista posição das "maiorias", que projetavam no enfraquecimento dessas mesmas garantias um país melhor.

Tarefas como essa, contudo, devem ser consideradas sempre incompletas. Daí a oportuna relação com o Mito de Sísifo. É também por esse motivo que deve-se constranger toda decisão que, a partir das ADCs, infira a resposta correta a partir de seus resultados, notadamente punitivistas, neste caso. Afinal, o protagonismo recai, não por outra razão, não apenas no STF (a última palavra em sede de controle de constitucionalidade) mas, também, no papel da doutrina, que deve constranger a partir de uma papel eminentemente prescritivo, sob pena de ser, caso contrário, não mais que um discurso que sacramenta as legislações e as decisões judiciais.

O que quero dizer – e já disse à saciedade em meu *Dicionário de Hermenêutica*[13] e tantos outros textos, é que a "doutrina deve (voltar a) doutrinar" e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária e mera reprodutora das decisões dos tribunais. A (in)constitucionalidade das prisões em segunda instância é, notadamente, um desses muitos casos em que devemos ser vigilantes.

Insisto nisso porque entendo que não deve ser papel da doutrina fazer (naturalizantes) descrições do tipo "as duas posições são defensáveis", quando, por exemplo, uma aponta para a liberdade de um acusado e a outra para a sua prisão. Aliás, este tipo de enunciado apenas reproduz uma postura positivista, na modalidade

---

[13] Ver, especificamente, o verbete "Constrangimento Epistêmico". STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020:

"positivismo exclusivo"[14]. O princípio da não contradição não pode ser violado por artifícios pretensamente neutros-descritivos, como se a verdade fosse *adeaquatio intellectus et rei*.

No verbete "Positivismo" do mesmo Dicionário, aliás, procuro demonstrar a impossibilidade de realizar discursos desindexados de juízos morais. A própria enunciação de que o Direito deve ser separado da Moral já é, por si só, um juízo moral. Isto é, quem separou o Direito da Moral foi a Moral. Pregar uma doutrina meramente descritiva já é professar uma posição ou juízo moral. Por isso, a doutrina jurídica deve ter um papel prescritivo, sob pena de ser apenas um discurso corroborador. Por isso, quando o então ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, disse, em um acórdão, não se importar com "[...] o que pensam os doutrinadores [...], mas apenas o que dizem os Tribunais, afirmei, de forma peremptória, que o papel da doutrina é constranger esse tipo de pensamento solipsista, na medida em que importa, sim, o que a doutrina pensa".

O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno que, em tempos de polarizadas tentações do populistas, parecem sempre maiores. Assim, diante desses fantasmas travestidos de uma pretensamente saudável "vontade popular", a querer corrigir nossos mais graves problemas sociais a partir da correção (moral) do Direito, é preciso ter claro, sob risco do "passo atrás": decisões judiciais voluntaristas (incluídas as decisões de cariz realista) devem ser constrangidas, como também devem ser constrangidas decisões meramente subsuntivas, que deixam de lado um conjunto de soluções presentes no ordenamento jurídico. Ambas decisões são deletérias. Do mesmo modo, acórdãos emanados de últimas instâncias jurisdicionais, embora inegavelmente mereçam ser obedecidos, devem, entretanto, sofrer fortes constrangimentos epistemológicos ou, em outros termos, "censuras significativas".

Desse modo, lança-se um repto à comunidade jurídica: o dever da doutrina jurídica é de doutrinar. A tarefa de constrangimento é de exercício da doutrina. Isso implica um papel prescritivo sustentado no paradigma democrático, e não meramente

[14] Como todo positivismo (e muitas são as suas formas e modalidades), o de traço "exclusivo" é discricionário, e assim como o de viés "inclusivo" entende que os juízes têm a obrigação de aplicar normas morais quando se esgotam as normas com pedigree. Eles apenas discordam como descrever o que eles estão fazendo: para o positivista inclusivo, os juízes estão aplicando normas jurídicas; para o positivista exclusivo, eles estão criando normas jurídicas.

reprodutor das orientações do Judiciário – imaginário que se formou e tem ganhado cada vez mais força na Teoria do Direito.

A doutrina não deve ser caudatária do que decide o Judiciário. Esse é o papel da doutrina em um país democrático: o dever permanente em doutrinar e não ser doutrinada. Neste sentido, venho propondo, especialmente em *Verdade e consenso*, que a doutrina exerça este duro papel de constrangimento epistemológico, de colocar limites às decisões judiciais fundamentadas a partir de argumentos solipsistas/voluntaristas.

No caso da prisão em segunda instância, o argumento jurídico venceu. O apelo moral, contudo, estará sempre presente – e agudizado nestes polarizados tempos –, razão pela qual a tarefa permanece imposta: toda resposta inadequada ou incorreta, aqui especificamente em relação à prisão em segunda instância, deverá ser constrangida. Inclusive na sua "última palavra". Afinal, em 2019, o Supremo Tribunal Federal afirmou a autonomia do Direito. À doutrina agora cabe o papel do constrangimento, às vezes antipático, para que a mais alta Corte jurídica do país continue reafirmando-a e, assim, afastando-a das mais diversas *tentações inconstitucionalizantes*.

Referências

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Tradução Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública

STRECK, Lenio Luiz. **Trinta anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Alterar a presunção da inocência? Não se mudam leis com raiva! **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/senso-incomum-alterar-presuncao-inocencia-nao-mudam-leis-raiva.

STRECK, Lenio. Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.

8. CONFUNDINDO LUPAS E O LIMBO: RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CHAMADA "MULTIPARENTALIDADE" (TEMA 622) NO RE 898.060

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-8

Larissa Maria de Moraes Leal[1]

Maria Helena Leiro Bancillon de Aragão[2]

Roberto Paulino de Albuquerque Jr[3]

Venceslau Tavares Costa Filho[4]

Muito se discute na doutrina a expansão da filiação socioafetiva na experiência brasileira, especialmente considerando-se que até parte do século XX o direito brasileiro adotava uma "concepção de filiação, biologizada e marcada por classificações de legitimidade, mas secundada pela adoção, enquanto vínculo de parentesco sem origem genética"[5].

Em matéria de filiação, o atual quadro guarda algumas diferenças em relação ao que era proposto pelo código civil de 1916. Sob a égide deste último, o parentesco era formado pela consanguinidade, afinidade ou pela ficção jurídica que se estabelecia entre o adotado o adotante denominada de parentesco civil[6]. Além disso, havia o critério de legitimidade aferível por meio da existência de matrimônio válido, putativo,

---

[1] Doutora em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Coordenadora para Direito de Família da Escola Superior da Advocacia – ESA Nacional. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Advogada. E-mail: larissa_maria@uol.com.br

[2] Mestranda em Direito pela UFPE. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogada. E-mail: helena.bancillon@gmail.com

[3] Doutor em Direito Privado pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Oficial de Registro de Imóveis em Salvador-BA. E-mail: rpa_jr@yahoo.com.br

[4] Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco – UPE. Professor Permanente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UFPE. Membro da ADFAS e da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Advogado. E-mail: venceslautavares@hotmail.com

[5] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 39 (2007), p. 57.

[6] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 39, p. 57, 2007.

anulável ou nulo por incompetência da autoridade[7]. Legítimos eram os filhos biológicos provenientes do matrimônio no período estabelecido nas presunções legais do artigo 338 do Código Civil de 1916, e os demais, portanto, ilegítimos.

Em que pese já existir à época a previsão de uma filiação não fundada no laço genético, qual seja, a adoção; é certo que o código civil de 1916 limitava os efeitos de tal adoção, ao fixar que o vínculo constituído era apenas entre os adotantes e o adotado, sem se estender aos parentes dos adotantes e sem extinção do vínculo com os pais biológicos[8]. Note-se que o adotado não integrava plenamente o seio familiar do adotante, verdadeiramente o que se tinha era um elo que não se estendia para além dessas 03 (três) pessoas, permanecendo os adotados no limbo dedicado aos filhos "ilegítimos"[9], porquanto, ainda que fossem advindos de uma relação matrimonial, não eram ligados por uma reprodução natural, isto é, não se fundavam em uma filiação biológica.

Já nessa codificação, era admitida como prova a posse do estado de filiação legítima[10] em caso de inexistência de registro de nascimento, para tanto se exigindo os três requisitos: *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*. No entanto, tal posse do estado de filiação tratava-se de mera prova de estado já existente, não sendo fato constituidor de filiação[11].

Consequentemente, em determinada medida a filiação era sempre sopesada à luz da origem biológica, quer seja para a sua constituição, que seja para a delimitação de seus efeitos, como no caso da adoção.

Paulatinamente, foi-se modificando esta perspectiva sobre a filiação, inserindo-se outras formas de constituição da relação paterno-filial.

Em 1979, a doutrina começou a atentar para a desbiologização da paternidade. Assim, João Baptista Villela tentou desconstruir a ideia da paternidade apenas como

---

[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**: exposição technica e systematica do Codigo Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 243.
[8] O art. 336 estabelecia que "a adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado (art. 375)", enquanto o art. 376 estipulava que "o parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V".
[9] Não obstante não seja este o objeto o presente trabalho, cabe destacar, a título de informação, que a imposição total do caráter da ilegitimidade perdurou ao menos até a promulgação da Lei n. 4.655/1965, que inseriu a possibilidade de legitimar os filhos adotivos em determinadas situações e, portanto, desde que cumpridos uma séries de requisitos.
[10] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**: anotações e adaptações a código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1956, p. 265-266.
[11] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, n. 27, (out./dez. 2004).

aquela derivada do vínculo biológico, pois já explicava a filiação associando-a antes com o serviço do que com a procriação. Em sua visão, a determinação do(a) pai/mãe está na circunstância de amar e servir mais do que no fato de gerar[12].

Para tanto, ele utilizou como exemplo a sentença de Salomão que, para descobrir quem realmente era a mãe da criança (maternidade no sentido mais amplo possível, não apenas biológica), pôs a prova o amor à criança que seria traduzido na renúncia em favor do bem do filho, e assim também explicou o que seria o princípio do melhor interesse da criança.

Complementando as inovações relativas à filiação, a Constituição Federal de 1988 suprimiu de vez a discriminação entre filhos de qualquer origem, biológicos ou não biológicos, legítimos ou ilegítimos. Simultaneamente, o modelo de adoção denominado de adoção plena foi incorporado de vez pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), promulgado já sob a vigência da Constituição Federal de 1988. E, em ato contínuo, no fim do século XX, na década de 90, renasce na doutrina a discussão acerca da afetividade nas relações de família[13].

Assim, atualmente, considerando a expressão "ou outra origem" presente na regra sobre parentesco do Código Civil de 2002 (artigo 1.593), a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela possibilidade da filiação socioafetiva[14]. Dessa forma, hodiernamente, os estudos doutrinários têm apontado para uma classificação da filiação mais abrangente, considerando-se a filiação biológica, que pode advir de uma reprodução humana natural ou assistida, pela consanguinidade ou pela genética, e a não biológica (ou socioafetiva), que pode se constituir pela adoção,"adoção à

---

[12] VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em 16 de março de 2016, p. 408-409.

[13] Exemplificativamente, na literatura jurídica, tem-se Fachin que passa a defender que "*a verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família.*". *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

[14] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília: jul./set. 2006, n. 34, p. 17.

brasileira"[15] ou posse de estado de filiação[16].

Há ainda quem indique o caráter não-biológico, e, assim, socioafetivo, nas presunções constantes nos incisos I, II e V do art. 1597 do CC/02, uma vez que no caso dos incisos I e II pouco importa ao legislador se efetivamente houve a procriação estritamente pelo dois cônjuges, bastando a presença da família formada pelo vínculo da conjugalidade, e, no tocante ao inciso V, há o reconhecimento jurídico de uma filiação não-biológica em razão da inseminação heteróloga[17].

E, mais recentemente, apesar da ausência de legislação especifica, o STF tomou para si o encargo de resolver a controvérsia acerca da possibilidade jurídica da coexistência dos vínculos biológico e socioafetivo e acabou por fixar em sede de repercussão geral o seguinte enunciado (Tese 622): "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios"[18].

Em tal julgamento, conquanto tenha discorrido sobre dispositivos constitucionais que versam sobre direito família a fim de delinear amplamente um quadro favorável à conclusão de seu voto, na verdade, o Ministro Relator Luiz Fux ampara-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável para respaldar seu posicionamento, invocando neste aspecto o direito comparado.

Dessa forma, inicialmente, partindo do pressuposto da existência de um "direito geral à felicidade", decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que

---

[15] A "adoção à brasileira" consiste no registro da filiação daquele que se sabe não ser filho biológico sem cumprimento prévio do procedimento legal, razão pela qual não pode efetivamente ser considerada adoção, sendo tal denominação meramente doutrinária/didática. Ressalte-se que tal prática é tipificada no artigo 242 do Código Penal Brasileiro.

[16] É possível, ainda, o entendimento de que a posse de estado de filiação subdivide-se em *lato sensu* e *stricto sensu*, inserindo-se a adoção à brasileira na posse de estado de filiação *lato sensu*. Nesse sentido expõe ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 39 (2007), p. 52-78.

[17] Nesse sentido expõe OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 75-76. E sobre a filiação socioafetiva na inseminação heteróloga, também expõe LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006, p. 190.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. Notícia STF. 21 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 12/09/20.

impediria a intervenção estatal no tocante à realização existencial do indivíduo; o relator destaca a necessidade de o Estado atuar apenas na medida em que as capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos objetivos dos indivíduos sejam respeitadas. Assim expôs o relator:

> (...) o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente. (...)[19]

Nesse sentido, considerando as mudanças introduzidas na Constituição Federal de 1988 em matéria de direito de família, dentre as quais, o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental como modelos de família (art. 226, § 4º), a igualdade entre os filhos e a ausência de hierarquização entre os vínculos parentais (art. 227, § 6), o Ministro Relator entende por uma ampla liberdade nos modelos de família e de constituição de filiação, que não poderia ser olvidada e que fundamentaria o reconhecimento da relevância da filiação socioafetiva.

Passados os apontamentos acerca da dignidade da pessoa humana, o relator adentra na esfera do princípio da paternidade responsável a fim de justificar o estabelecimento do duplo vínculo, fazendo referência a julgados norte-americanos e a literatura do direito comparado. Dos apontamentos sobre o caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848), de 1989 trazidos, extrai-se apontamentos no sentido de que o exercício da paternidade socioafetiva não pode constituir um benefício de não-responsabilização do pai biológico.

Das reflexões oriundas de um segundo caso invocado - *T.D., wife of M.M.M. v. M.M.M., de 1999 (730 So. 2d 873*) -, o relator ressaltou que, quando a dupla paternidade não atender ao melhor interesse da criança, o genitor biológico perderia o direito à declaração da paternidade, mas seriam mantidas as obrigações de sustento, fazendo uma distinção quanto aos efeitos jurídicos de cada categoria no caso concreto.

Contudo, o julgamento não foi unânime, tendo em vista que os Ministros Luiz Edson Fachin e Teori Zavascki apresentaram sua discordância por meio de votos que restaram vencidos. Apesar de tais votos não terem sido disponibilizados na íntegra, em

---

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. Notícia STF. 21 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal325781>. Acesso em: 12/09/20.

virtude do segredo de justiça, é possível apurar o posicionamento dos relatores por meio da sessão do plenário cuja gravação encontra-se disponível na internet[20], bem como do levantamento de diversas fontes efetuadas pela doutrina[21].

Para o Ministro Fachin, o caso não seria de multiparentalidade, eis que para tanto seria necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) desejo do pai biológico de exercer a paternidade, o que não seria o caso; (ii) desejo do pai socioafetivo de não querer deixar de ser, o que seria controverso no caso; (iii) o atendimento ao melhor interesse da criança. Daí conclui que o direito de ser filho não é o direito de ser filho a diversos títulos. Ainda, Fachin parte do pressuposto de que é necessário distinguir a constituição de uma filiação biológica e socioafetiva do direito de meramente conhecer a própria origem, sendo o caso, na sua perspectiva, resolvido pelo segundo tipo.

Além do Ministro Fachin, o Ministro Teori Zavascki também apresentou sua divergência com o voto vencedor. Apesar de ter identificado uma dificuldade de negar a condição de paternidade a alguém que biologicamente é o pai, isto é, conjecturou como seria possível reconhecer a paternidade biológica e rejeitar a paternidade jurídica, no caso em apreço entendeu não coincidir a paternidade biológica com a paternidade jurídica, retomando a distinção com o direito de conhecer a ascendência genética.

Em resumo, entenderam os votos-vencidos que o caso específico seria de preponderância da paternidade socioafetiva.

Observe-se que tais divergências têm origem nas circunstâncias fáticas do caso, sobretudo porque na sessão ocorrida o Ministro Fachin assegurou que não rejeita a tese de multiparentalidade, porém não entende estar configurada naquele caso.

Isto porque se denota do caso que a autora foi fruto de um relacionamento extraconjugal que perdurou por 04 (quatro) anos e que a realidade dos seus vínculos biológicos era ignorada pelo pai socioafetivo e pelo pai biológico à época do registro de

---

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico (1/2). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qYDKX859BnA&t=1847s>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico (2/2). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>. Acesso em: 12/09/20.

[21] A título exemplificativo, tem-se CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. A multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal: considerações acerca dos votos ministeriais no julgamento do Tema 622. **Civilistica**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2020/05/Campos-civilistica.com-a.9.n.1.2020-2.pdf>. Acesso em: 12/09/20.

nascimento desta. Posteriormente, por volta dos 16 anos, foi revelada a verdade por sua mãe e, aos 19 anos, necessitando de auxílio financeiro para possibilitar a conclusão do curso universitário, promoveu a autora a ação necessária para retificação de registro e imposição da obrigação alimentar ao genitor, não obstante tenha afirmado não pretender cortar na convivência prática o laço com o pai socioafetivo.

Portanto, decerto que a pretensa filha não formulou pedido de reconhecimento de multiparentalidade, mas sim de efetiva substituição no registro civil do pai socioafetivo pelo genitor biológico, e, por outro lado, o próprio recurso extraordinário interposto pela parte adversa visava tão somente à manutenção do registro do pai socioafetivo, ignorando qualquer participação do genitor biológico. Tal aspecto foi, inclusive, abordado durante o julgamento pelo *amicus curiae* como fundamento para não formulação de tese de multiparentalidade naquele contexto.

Diante disso, é evidente que as controvérsias não se encerraram com o julgado, mas persiste a necessidade de aprofundamento das análises, principalmente no que tange à solução adotada, individual e coletivamente.

2 Por que esta decisão do Supremo Tribunal Federal viola o princípio constitucional da parentalidade responsável

Conforme já assinalado anteriormente, um dos principais fundamentos da decisão sob análise é o princípio constitucional da paternidade responsável, previsto no § 7º do art. 226 da Constituição Federal brasileira de 1988. A expressão "paternidade responsável" a que se refere este dispositivo constitucional parece conduzir a uma limitação quanto ao sexo; como se fosse possível afirmar uma maternidade irresponsável.

Tendo em vista a consagração da igualdade constitucional entre homem e mulher quanto aos direitos e deveres, pode-se concluir que o Constituinte afirmou textualmente menos do que desejava, possivelmente em razão do erro na tradução do termo *parental responsibility*, que possui acepção mais ampla no direito inglês. Destarte, pode-se afirmar que a intenção do legislador foi de fazer referência a parentalidade responsável.[22]

[22] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18 (abr.-jun./2004). São Paulo: RT, p. 21-41.

A parentalidade responsável remete a imputação de responsabilidade pessoal e social daqueles que, no exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, terminam por gerar uma nova vida. Esta criança, por sua vez, deve ter seu bem-estar priorizado. Contudo, a parentalidade responsável não tem por fundamento exclusivo a vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, "mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual – ou mesmo reprodutiva no sentido mais estrito – no campo da parentalidade".[23]

Entretanto, a parentalidade responsável não tem seus limites definidos apenas pela filiação biológica. Se um filho é gerado na constância do casamento, presume-se que ele é filho do cônjuge daquela que deu à luz a criança, conforme prescreve o art. 1.597 do Código Civil brasileiro. Na Alemanha, se um filho é gerado na constância do casamento, deve ser considerado filho do marido da mãe da criança (BGB, § 1.592.1).

Anatol Dutta afirma que, na contemporaneidade, há que se reconhecer uma certa fragmentação (ou divisão) na paternidade. Assim, é plenamente possível que certos direitos e deveres parentais sejam estabelecidos sem que tenham como pressuposto de fato uma conexão biológica. Por outro lado, também não se pode olvidar que as conexões biológicas podem estar presentes, mas sem gerar quaisquer direitos ou deveres parentais. Tal "fragmentação da paternidade" (*Gespaltene Elternschaft*) se constitui em um dos desafios do direito de família contemporâneo.[24]

Em uma tentativa de comparação, é interessante analisar o *Case Anayo v. Germany,* julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 21.12.2010 (n. 20578/07). O caso versa sobre a situação do Sr. Anayo, de origem nigeriana, que teve um relacionamento extraconjugal com uma senhora casada. Ela engravidou, mas decidiu permanecer vivendo com o seu marido, que se tornou o pai "registral" dos filhos gêmeos. Na Alemanha, assim como em diversos sistemas jurídicos, é presumida a paternidade daquele que é casado com a mãe das crianças ao tempo do nascimento delas (BGB, § 1.592, 1).

Neste caso, a paternidade jurídica (ou presumida) não é necessariamente um vínculo genético ou biológico. O casal resolveu impedir que as crianças tivessem qualquer tipo de contato com o Sr. Anayo. Os tribunais alemães consideraram que a

---

[23] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18 (abr.-jun./2004). São Paulo: RT, p. 21-41.

[24] DUTTA, Anatol. Bunte neue Welt: Gespaltene Elternschaft als Herausforderung für das Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts. **JuristenZeitung**, a. 71, v. 17 (september/2016). Tübingen: Mohr Siebeck, p. 845-855.

decisão do casal estava conforme o direito interno. O sr. Anayo então apresentou recurso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que as decisões do poder judiciário alemão violavam o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[25]

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que a decisão dos Tribunais alemães, no sentido de considerar legal a recusa de qualquer contato entre o sr. Anayo e as crianças, bem como no sentido de denegar informações quanto ao desenvolvimento delas, não considerou suficientemente se, diante das circunstâncias do caso, o contato entre as crianças e o requerente realiza o princípio do melhor interesse da criança. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos manifestou-se de forma similar também no julgamento do *Case Schneider v. Alemanha* (n. 17080/07), julgado em 15.09.2011. Contudo, em tais casos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não considerou ser necessário converter o genitor (ou "pai" biológico) em pai registral ou socioafetivo.

Em tais casos, na hipótese do genitor falecer sem deixar testamento, os filhos gerados por ele não terão direito de herdar o patrimônio deixado pelo falecido, conforme a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ou seja, as responsabilidades inerentes a condição jurídica paterna, como a de providenciar o sustento dos filhos, permanecem com os pais registrais no direito europeu.[26]

Aparentemente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem apoiado a rejeição dos Tribunais alemães às pretensões daqueles que pretendem contestar a paternidade já estabelecida. Contudo, após a edição na Alemanha da "Lei de garantia de direitos do 'pai' biológico não-jurídico" (*Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtilichen Vaters)* em 04 de julho de 2013[27], o genitor (ou 'pai' biológico) que demonstra um consistente interesse em seus filhos biológicos passou a ter direito de acesso e informações, nos termos do § 1.686a do BGB.

---

[25] ARTIGO 8°. Direito ao respeito pela vida privada e famíliar
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros". Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 10 de setembro de 2020.
[26] SANDERS, Anne. Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law. In: WILLEKENS, Harry; SCHEIWE, Kirsten; RICHARZ, Theresa; SCHUMANN, Eva (eds). **Motherhood and the Law.** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019, p. 122.
[27] Cf.: ***Bundesgesetzblatt Teil I***, 2013-07-12, vol. 36, p. 2176-2177.

Chama-nos atenção o fato de que a iniciativa nestes casos foi tomada pelos genitores, e não pelas crianças ou seus representantes legais; o que é mais comum no Brasil. O novo § 1.686a do BGB permite ao genitor, que comprovou ter real interesse pela criança, o direito de acesso a ela, desde que este contato atenda ao melhor interesse da criança; e também garante ao genitor o direito de ter informações sobre como a criança vem sendo tratada, desde que sua pretensão seja razoável e não viole o interesse superior da criança. Tais direitos e garantias devem levar em consideração o fato de que o genitor, ainda que excluído da paternidade jurídica, pode ainda querer ter contato com seu filho biológico e desejar obter informações sobre como vem sendo cuidado.[28]

Sabe-se que, em muitos sistemas jurídicos, a regra jurídica do parentesco é como uma bicicleta *tandem*, na qual apenas duas pessoas (pai e mãe) podem pedalar. Contudo, tendo em vista o fato de mais de duas pessoas poderem estabelecer conexões parentais com uma criança, parece abrir-se a possibilidade de mais de um pai e mais de uma mãe com direitos e deveres em relação aos filhos. Assim, levando-se em consideração a realidade da reprodução humana assistida, uma criança poderia vir a ter três “mães”: 1) a doadora do óvulo; 2) a que cede o útero temporariamente na gestação de substituição; e 2) a mãe sócio-afetiva ou registral. Tais técnicas também poderiam permitir que uma criança tenha dois “pais”: 1) o doador do esperma; e 2) o pai registral ou sócio-afetivo. Vejam que, neste exemplo, a criança teria cinco pais e mães conduzindo o “micro-ônibus”.

Nesta toada, em vez da bicicleta *tandem*, a parentalidade contemporânea (maternidade e paternidade) pareceria mais com um micro-ônibus no qual podem viajar uma quantidade maior de pessoas que se caracterizam como pais ou mães de certa pessoa.[29]

Ora, conferir um direito irrestrito ao representante legal de um menor de idade de questionar uma paternidade já estabelecida juridicamente, com efetiva convivência social e familiar, pode colocar em dúvida o status jurídico da criança, e vulnerar a vida familiar já estabelecida. Ademais, a dinâmica cotidiana da família exige dos pais a

---

[28] MARTINY, Dieter. The changing concept of ‘family’ and challenges for family law in Germany. In: SCHERPE, Jens M. (ed.). **European Family Law – Volume II**: The changing concept of ‘Family’ and challenges for domestic family law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 75-76.
[29] SANDERS, Anne. Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law. In: WILLEKENS, Harry; SCHEIWE, Kirsten; RICHARZ, Theresa; SCHUMANN, Eva (eds). **Motherhood and the Law.** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019, p. 119-120.

tomada de uma série de decisões nas quais eles nem sempre concordam. A ideia de que um grupo com cinco pessoas ou mais (o "micro-ônibus") precise decidir conjuntamente sobre o tratamento de saúde de uma criança ou sobre sua educação parece terrivelmente complexa. O aumento na quantidade de pessoas envolvidas em tais decisões está diretamente relacionada ao incremento nos conflitos. Este foi justamente o argumento utilizado em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão para limitar a responsabilidade parental a apenas duas pessoas, o que foi mantido em um projeto de lei sobre o tema apresentado pelo Ministério da Justiça e da Proteção do Consumidor da Alemanha em 2019.[30]

O aumento no número de pessoas igualmente "responsáveis" pela tomada de decisões sobre a vida de crianças e adolescentes parece vulnerar o preceito constitucional da parentalidade responsável, portanto. A Corte Constitucional brasileira também não parece ter medido as consequências de uma decisão como esta na vida cotidiana. Havendo, por exemplo, dois pais e três mães com iguais direitos e deveres parentais em relação a determinado filho, qual deve ser o critério para a tomada de decisões: deve ser por maioria ou unanimidade?

É inegável que, ao longo do caminho, diversas pessoas que têm vínculos afetivos, biológicos ou jurídicos com determinadas crianças serão afetadas por elas, e também as afetarão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, prevê o instituto do apadrinhamento, nos termos do art. 19-B. Conforme prescreve o § 1º do art. 19-B: "O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro".

A adoção, por sua vez, "atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (Lei n. 8.069/1990, art. 41); garantindo-se ao adotado o conhecimento quanto a sua origem biológica, nos termos do art. 48 da mesma lei.

---

[30] SANDERS, Anne. Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law. In: WILLEKENS, Harry; SCHEIWE, Kirsten; RICHARZ, Theresa; SCHUMANN, Eva (eds). **Motherhood and the Law.** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019, p. 142.

Mas, isto não significa que todas estas pessoas devam ter direitos e deveres parentais em relação a criança. Neste sentido, a experiência jurídica alemã e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicam um caminho interessante, no sentido de não ignorar tais vínculos, mas também de não convertê-los em vínculos de paternidade e maternidade com todos os direitos e deveres inerentes a tal status jurídico.

3 A ausência de fundamentação no reconhecimento da multiparentalidade, em função da sua não-decorrência imediata da filiação socioafetiva

A quebra da lógica binária da parentalidade constitui, inequivocamente, a ruptura de uma solução normativa consolidada, de grande tradição nos sistemas jurídicos ocidentais, que mimetiza as origens biológicas da filiação.

O campo adequado para tal ruptura seria, a princípio, o mesmo em que teve sua gênese a regra a ser revisada: a previsão legiferante, por meio de decisão tomada em conformidade com o processo democrático de produção de política legislativa, observada aí a pluralidade de vozes a confluírem ao debate no congresso nacional.

Vale ressaltar que, ao contrário do que se pode afirmar em outros temas de direito de família, não se trata de matéria em que historicamente tenha experimentado resistência à discussão e positivação, como se pode perceber da própria previsão no Código Civil de dispositivo interpretado como positivador da filiação de origem não-biológica.[31] Se o legislador de 2002 pôde tratar de filiação por critério distinto do biológico, certamente seria possível dispor sobre a multiparentalidade na década seguinte.

A decisão de inconstitucionalidade, portanto, exige um ônus argumentativo nada desprezível, a demonstrar claramente que não se trata de substituição pura e simples da função legislativa, mas de verdadeira análise da incongruência com a Constituição da legislação infraconstitucional que mantém a limitação da parentalidade a dois indivíduos somente.

Tal fundamentação, no entanto, não se encontra na decisão cuja análise se está a proceder.

[31] Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Permita-se-nos retornar ao texto da ementa:

> 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

É digno de nota que o reconhecimento da filiação socioafetiva em si não é um aspecto inovador da decisão. Dado que o sistema prevê expressamente o instituto da adoção, mesmo antes do Código Civil de 1916 não se pode dizer que já não recepcionasse a filiação por origem não biológica.

O que é propriamente novo é afirmar-se não ser "necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos".

E eis aqui o problema central da estrutura argumentativa da decisão: a multiparentalidade como consequência natural da socioafetividade, uma vez que "merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)."

Ora, quando se reconhece que a filiação socioafetiva está recepcionada pelo sistema jurídico, implementa-se plenamente a sua tutela.

Não há incompatibilidade *a priori* entre a proteção da filiação não-biológica e a parentalidade dúplice. Trata-se de questões jurídicas distintas: uma pertine ao critério de origem da relação parental, outra à sua cumulatividade.

Pode-se afirmar, assim, que a decisão que afirma "onde há filiação socioafetiva, há multiparentalidade", ou, posta de outra forma, "do reconhecimento da filiação

socioafetiva deriva a multiparentalidade" incorre em uma falácia lógica material, usualmente denominada "non sequitur".[32]

Não há vedação a que um determinado ordenamento jurídico aceite filiação constituída por critério distinto do biológico e mantenha a restrição de que cada indivíduo não possa ter mais de duas pessoas incumbidas do exercício das funções parentais.

Tanto é assim que é possível citar vários regimes jurídicos que conheceram a adoção, modo de filiação socioafetiva, e não abandonaram a estrutura dúplice da parentalidade.

Não há inconstitucionalidade desta estrutura dúplice, nem ela, tampouco, viola o reconhecimento da filiação socioafetiva, portanto.

Pelo contrário, se a filiação socioafetiva é alçada à mesma dignidade da filiação biológica, há de se concluir que ela é bastante em si; onde houver constituição de filiação socioafetiva, não se deveria atribuir à origem genética o *status* de filiação propriamente dita.

Tanto assim o é que os textos clássicos que trataram da filiação sociafetiva no direito brasileiro não enfrentaram o problema de múltiplas parentalidades concomitantes. Pelo contrário, quando insistiam em referir a prevalência da filiação socioafetiva sobre a biológica,[33] necessariamente assumiam que na possibilidade de conflito seria necessário apontar aquela que subsistiria e produziria a eficácia jurídica própria.[34]

---

[32] "*Non sequitur* means ´it does not follow´. The conclusion simply does not follow from the premises or reasons or evidence given. Of course *every* invalid argument is a *non sequitur*, since is that what an *invalid argument* means: an argument in which the conclusion does not logically, necessarily, follows from the premises; an argument in which is possible that the premises be true yet the conclusion false. But this specific fallacy of *non sequitur* is a material fallacy, not a formal one. It depends on the content of the propositions, not the logical form." (KREEFT, Peter. **Socratic logic**: a logic text using socratic method, platonic questions and aristotelian principles. 3 ed. South Bend: St. Augustine´s Press, 2008, p. 92)

[33] Entre outros: LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 19, ago./set. 2003, pp. 133-156.

[34] No julgamento do RE 898.060-SC, o Ministro Luiz Edson Fachin propôs tese divergente neste sentido, que restou vencida: "Diante da existência de vínculo socioafetivo com um pai e vínculo apenas biológico com outro genitor, ambos devidamente comprovados, somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente, gerando vínculo parental e direitos dele decorrentes, assegurado o direito personalíssimo à revelação da ascendência genética." (CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. A multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal: considerações acerca dos votos ministeriais no julgamento do Tema 622. **Civilistica.** Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2020/05/Campos-civilistica.com-a.9.n.1.2020-2.pdf> . Acesso em: 12/09/20).

Não é cabível, portanto, afirmar-se que a manutenção de um regramento biparental viola o reconhecimento da filiação socioafetiva. Consequentemente, trata-se de um outro objeto controverso a ser enfrentado pela decisão, que não pode ter sua fundamentação suprida pelas razões gerais que sustentam a filiação socioafetiva. Inexistindo tal fundamento específico, a decisão é neste ponto inequivocamente inconstitucional, por lhe faltar motivação.[35]

De resto, a ruptura do modelo dúplice de filiação mediante a adoção da multiparentalidade parece radicar na falha do direito brasileiro contemporâneo de família em regular, de forma expressa, os direitos e, em especial, a responsabilidade de padrastos, madrastas e genitores que não são pais.

Dado que esses casos se tornam mais comuns em função das recomposições familiares, se o tema houvesse sido regulado por via legislativa, estabelecendo com clareza a posição jurídica daqueles que, não obstante não serem os pais, mantém vínculos com quem é filho de outrem, reduzir-se-ia significativamente a relevância da discussão a respeito da multiparentalidade.

4 A condição jurídica entre pais e filhos, que espelha direitos e deveres jurídicos e avança abarcando largo feixe de vínculos familiares, encadeando relações avoengas, fraternas e de parentesco em geral, como já observamos, nunca foi resistente a positivação jurídica

Pelo contrário. Nas leis mais antigas são encontrados textos que albergam as relações de família, sempre com especial e primeiro destaque para a conexão entre pais e filhos.

A experiência histórica do direito nos autoriza a afirmar que a parentalidade, ao contrário do que se tem pretendido defender, decorre de vínculos genéticos ou da vontade – neste caso ganha relevo a parentalidade por adoção – e resiste a toda falta de afeto, porquanto seja amparada em responsabilidade.

A responsabilidade jurídica que agrega parentes e, portanto, pais, mães e filhos, além de ter traço histórico sem solução de continuidade, estabelece um status de

[35] CF, art. 93, IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

privilégio entre estes últimos mencionados, condição essa que é a base para que o legislador constituinte trate a filiação como um vínculo especialíssimo dentre os liames familiares.

Essa base de afirmação de princípios familiares está presente em todas as Constituições Modernas, sendo fruto de um processo histórico em que o Direito respeita as relações genéticas, atende aos apelos da adoção, repugna a irresponsabilidade parental e tem a quebra dos vínculos e paternidade e maternidade como soluções absolutamente excepcionais.

Dizer que toda relação parental é ou deve ser pautada pela afetividade seria retirar tais relações do campo dos fatos, biológicos e jurídicos, e conduzi-las a estados anímicos e emocionais.

A multiparentalidade, do modo como foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal, assim o fez: reuniu pessoas vinculadas biologicamente ou civilmente (por presunção ou vontade, como no caso da adoção) em um status jurídico especial, dotado de exclusividade e com alta carga irradiadora de direitos e deveres, com pessoas estranhas a esses vínculos previamente conhecidos e positivados.

Nas relações de filiação foram albergadas, sob o argumento da afetividade, não positivado, pais e mães, sem que se tenha observado, inclusive, o tônus irradiador da nova condição estabelecida no âmbito do direito de família. Avós e irmãos daí decorrem com obrigação de convivência harmônica com avós e irmãos que o Direito não permite abandonar com a nova conformação familiar, ainda que não exista qualquer afetividade entre essas pessoas.

Esse é mais um ponto que merece destaque. Na família, as responsabilidades não resumem-se entre pais e filhos. Antes, pelo contrário, o dever de responsabilidade é distribuído e imposto gradualmente em todas as relações de família, alcançando parentes até o quarto grau, no caso da legislação brasileira.

A questão ora discutida parece ter sido vista apenas sob a perspectiva de lupa e não de sextante, quando se espera que, em circunstâncias tais, se tenha tanto a medida milimétrica da questão pessoal, como o olhar acertado para a linha do horizonte, de modo a garantir os rumos da navegação estimada.

A decisão do Supremo Tribunal Federal não enfrentou a complexidade que, logicamente, decorre da quebra histórica que produziu no tratamento jurídico da filiação. Ausente está o enfrentamento de várias decorrências da multiparentalidade

nas próprias relações de filiação, como, também, dos efeitos por ela propagados na família e na sociedade.

A redução de decisões com efeitos tais a interesses ou mesmo necessidades particulares denuncia a ausência ou o desprezo de farol judiciário, sobremaneira em tempos nos quais parece – e as aparências são albergadas pelo Direito – que vivemos uma era de direitos jurisdicionais, em que os Juízes, com a lei ou com a Constituição nas mãos podem emprestar-lhes, sem prazo determinado, espectros largos em significado.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 39 (2007).

CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. A multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal: considerações acerca dos votos ministeriais no julgamento do Tema 622. **Civilistica**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2020/05/Campos-civilistica.com-a.9.n.1.2020-2.pdf>. Acesso em: 12/09/2020.

DUTTA, Anatol. Bunte neue Welt: Gespaltene Elternschaft als Herausforderung für das Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts. **JuristenZeitung**, a. 71, v. 17 (september/2016). Tübingen: Mohr Siebeck.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18 (abr.-jun./2004). São Paulo: RT.

KREEFT, Peter. **Socratic logic**: a logic text using socratic method, platonic questions and aristotelian principles. 3 ed. South Bend: St. Augustine´s Press, 2008.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, n. 27, (out./dez. 2004).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília: jul./set. 2006, n. 34.

MARTINY, Dieter. The changing concept of ‘family’ and challenges for family law in Germany. In: SCHERPE, Jens M. (ed.). **European Family Law – Volume II**: The changing concept of ‘Family’ and challenges for domestic family law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**: anotações e adaptações a código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1956.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**: exposição technica e systematica do Codigo Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

SANDERS, Anne. Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law. In: WILLEKENS, Harry; SCHEIWE, Kirsten; RICHARZ, Theresa; SCHUMANN, Eva (eds). **Motherhood and the Law.** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019.

VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em 16 de março de 2016.

9. RETROATIVIDADE DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE: POSSIBILIDADES E LIMITES

https://doi.org/10.36592/9786587424286-9

Adriano Soares da Costa[1]

Lá iam as discussões sobre a EC nº 58/09, que ampliava o número de vereadores nas câmaras municipais, e algumas entidades ingressaram com uma ação direta de inconstitucionalidade contra a aplicação imediata do seu art. 3º, em razão de fazer retroagir as normas sobre aumento das cadeiras de vereador para o pleito de 2008. Os efeitos do art. 3º daquela Emenda à Constituição foram suspensos, em manifestação da Ministra Cármen Lúcia: "Se nem certeza do passado o brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no direito?", ao deferir a liminar e suspender eventuais posses de suplentes de vereadores com base na EC nº 58/09.

Pois bem. É legítimo entidades civis defenderem bandeiras políticas, terem posições ideológicas, fazerem apologia de uma determinada tomada de posição. Mas a legitimidade se esgarça quando questões jurídicas relevantíssimas passam a ser tratadas também de modo panfletário, sem a seriedade e a prudência necessárias. E a legitimidade some quando entidades tipicamente formadas por pessoas da área jurídica passam a usar a sua condição para adulterar sérias questões jurídicas, passando para os leigos uma falsa certeza, em um casuísmo perigoso e deletério. Tanto pior quando fazem um simulacro de dogmática jurídica. Caberia ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, impedir a violação da Constituição, sobretudo quando a legislação é editada com o impulso de paixões de momento, negando a vigência a normas constitucionais e a precedentes da Jurisdição Constitucional.

No que diz respeito ao tema das inelegibilidades, a discussão sobre a aplicação imediata da LC nº 135/2010 terminou sendo objeto de decisão inconstitucional do próprio Supremo Tribunal Federal. Aqui, existem dois âmbitos de preocupação jurídica, que merecem análise: (a) uma, de direito intertemporal, relativa a *conflito de*

[1]Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Presidente de honra da IBDPub – Instituição Brasileira de Direito Público. Agraciado com a instituição de "Medalha Adriano Soares da Costa" pela Academia Catarinense de Direito Eleitoral; agraciado com a criação do Observatório de Direito Eleitoral Adriano Soares da Costa, da Faculdade de Direito Mílton Campos (MG). Advogado.

leis no tempo, se há retroatividade das suas normas em função do que prescreve o seu art. 3º e, em havendo, se seria essa norma inconstitucional; outra, (b) de *obrigatoriedade da lei no tempo*, que se refere à chamada *vacatio legis*, em que se analisará a lei nova em face do art. 16 da CF/88.

Ambas as discussões foram e continuam sendo embaralhadas em relação à Lei Complementar nº 135, sobretudo após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que terminou por endossar a retroatividade de normas sancionatórias, em perigoso e inconstitucional precedente.

Em primeira plana, assevere-se que não existe um sobreprincípio natural que afirme, como regra geral, a irretroatividade da lei nova. Compete à soberania de cada Estado dispor, quanto ao seu direito, se há ou não retroatividade da lei e, eventualmente, os seus limites. Não está nos limites desta obra uma análise minudente das várias correntes de pensamento que se sucederam na história sobre o direito intertemporal, porém sempre houve uma preocupação em se limitarem os excessos do legislador em revolver o passado, como se observa de normas editadas desde o direito romano, passando pelo medievo até os dias de hoje.[2]

Não havendo uma natural regra sobre a irretroatividade da lei, é curial que busquemos no direito positivo eventual norma de sobredireito que ponha limites ao legislador. E o local adequado para encontrarmos, ou não, essa limitação é justamente na Constituição Federal, que é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Como garantia fundamental de todos os cidadãos, a Constituição prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/88), é dizer, as normas que imponham deveres ou obrigações devem ser prévias à conduta, não podendo o nacional ser compelido a agir sem que antecipadamente o ordenamento jurídico assim predisponha. Ademais, a Constituição Federal pôs salvaguardas à esfera jurídica do cidadão, prescrevendo que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º,

---

[2] Há um interessante apanhado histórico feito por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 5-67), em que ele demonstra que sempre houve, mesmo com algumas temperanças, uma preponderância da fórmula de Teodósio I, que repelia a retroatividade como injusta, assentando assim uma certa preponderância da lei antiga: "A lei não retroage, salvo cláusula expressa" (p. 12), sendo a retroatividade causa de dano, calúnia e injustiça. No mesmo sentido, mostrando o desenvolvimento histórico da matéria: GABBA. *Teoria della retroattività delle leggi*, v. 1, p. 46-123; e ROUBIER. *Le droit transitoire*: conflits des lois dans le temps, p. 30-145.

XXXVI, da CF/88), bem como explicitando que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, da CF/88).

Essas normas constitucionais já trouxeram garantias para as esferas jurídicas contra a atuação do legislador, mostrando que essas são as exceções à atuação *desde logo* da lei nova, que incide imediatamente aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, eventualmente podendo retroagir, desde que sem violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Mais ainda: desde que não crie obrigações a partir de fatos consumados no passado e que não fixe pena sem que haja uma prévia cominação legal. Aqui, trata-se de normas gerais. A par delas, a norma de sobredireito intertemporal típica do direito penal, para que dúvidas não ocorram: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, da CF/88).

O efeito normal da lei nova é incidir desde a sua vigência e para o futuro. “O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que *já* incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível”, como disse Pontes de Miranda.[3] Essa a razão pela qual pode haver a retroatividade dos efeitos da lei, nada obstante deva ser sempre excepcional, evitando a insegurança jurídica,[4] consoante, no Brasil, prescreve a Constituição Federal. Que haja uma discussão sobre a aplicação de uma lei nova a situações jurídicas pendentes ou, ao contrário, se há a manutenção do regime estabelecido pela lei antiga, é absolutamente normal, podendo o legislador ora se inclinar para uma ou para outra solução, desde que não viole o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nada obstante, e nisso assiste razão a Roubier, “o que é, pelo contrário, anormal e em princípio repreensível, é o efeito retroativo da nova lei, porque não é uma maneira de apaziguar e dirimir o conflito nascido da mudança da legislação, mas sim para trazê-lo a um ponto particularmente agudo e irritante”. Para o autor francês, a retroatividade seria para o legislador “une position dangereuse, que la raison et l’expérience à fois déconseillent”.[5]

Apesar dessas considerações, insisto, não estamos diante da regra absoluta de que os fatos de ontem não possam ser apanhados pela regra de hoje (a lei nova). Essa

---

[3] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 80.
[4] ROUBIER. *Le droit transitoire*: conflits des lois dans le temps, p. 223.
[5] ROUBIER. *Le droit transitoire*: conflits des lois dans le temps, p. 224. No original: “ce qui est, au contraire, anormal et en principe condamnable, c’est l’effet rétroactif de la loi nouvelle, parce que ce n’est pas une manière d’apaiser et de dirimer le conflit né du changement de législation, mais bien de le porter à un point particulièrement aigu et irritant”.

regra absoluta existe no direito penal, quando a Constituição Federal prescreve que *não há crime sem lei anterior que o defina*. É dizer, não apenas aos *efeitos da lei* há interdição à retroatividade (plano da eficácia da lei; incidência); a própria lei há de ser anterior ao fato ilícito (plano da existência da lei). Em matéria penal, de conseguinte, a regra sobre irretroatividade é absoluta. E essa norma de sobredireito alcança as normas que criam penas principais ou acessórias de natureza criminal, ainda que não constem no corpo do Código Penal. É o caso da alínea "e" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/10. Trata-se de previsão de pena acessória (inelegibilidade por oito anos) a ser anexada à sentença penal condenatória, independentemente do trânsito em julgado, bastando que exista decisão colegiada (em explícita violação ao art. 15, III, da CF/88).

Pontes de Miranda,[6] com a sua profundidade teórica, ao tratar da incidência e aplicação da lei no tempo, fere o ponto preciso da questão:

> "A lei nova não fica adstrita aos fatos de hoje e de amanhã; o que se dá, rigorosamente, é que *ela se restringe ao tempo de hoje e ao de amanhã*, até que outra lei corte este amanhã, o pontue, criando o hoje da nova denominação legal, o seu hoje e o seu amanhã. Em vez de uma análise dos fatos, ou de direitos (critério subjetivo), *uma análise do tempo, ou melhor, dos lapsos de tempo*".

Olhando para o tempo, podemos compreender que o passado é regido pela lei do passado; o presente, pela lei do presente; e o futuro, pela lei do futuro. Não há no presente ou no futuro a sobrevivência da lei antiga, mas eventualmente a aplicação no presente da norma que incidiu no passado. Como ensina Pontes de Miranda[7], então,

> "o que nos dá a ilusão da sobrevivência é o fato de confundirmos *incidência* e *aplicação* da lei; o que consideramos efeito de invasão da lei antiga no presente é derivado de pensarmos que a lei *incide* quando a *aplicamos*: a lei já incidiu; a aplicação é, apenas, o dizer-se que a lei já incidiu".

A lição de Pontes de Miranda mostra que não se deve olhar para os fatos, mas para o tempo. Eventualmente, pode a lei nova apanhar fatos do passado, nada obstante para incidir hoje, sem que haja retroatividade. Pense-se, por exemplo, na fixação de novo prazo para usucapião, tomando o trato de tempo que já ocorrera antes da lei nova

---

[6] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 92.
[7] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 91.

para o seu cômputo hoje. O mesmo se diga em aumento ou diminuição da idade mínima para concorrer a determinado mandato eletivo; a lei nova incide no hoje do processo eleitoral, tomando aquele fato da idade no hoje da norma. A norma, nessas hipóteses, incide sobre fatos ou reminiscências de fatos não consumados, que se dão em um trato de tempo linear. Diferentemente do fato consumado, punctual ou linear, mas esgotados antes da lei nova.

No caso das condições de elegibilidade, aliás, deve-se ter em mente que cada uma delas é *elemento independente* para, presentes todas aquelas necessárias, o nascimento do direito expectativo ao registro de candidatura. Assim, se houver mudança no prazo anual de filiação partidária antes das convenções, mas depois da data em que se cumpriu o pressuposto da lei antiga (sem que aqui se cogite da ofensa ao art. 16 da CF/88), a lei nova não poderá incidir sem ter efeitos retroativos. É que a condição de elegibilidade deve ser demonstrada no momento do pedido do registro de candidatura, mas, por serem independentes, cada uma delas ingressa na esfera jurídica do nacional no momento em que satisfeitas as exigências legais. No caso da filiação partidária ocorrida antes de um ano das eleições, evidentemente que o nacional cumpriu aquele requisito independente.

Pontes de Miranda[8] adverte que "enquanto a relação jurídica não se estabelece, ou não se extingue, a lei nova pode intervir. É princípio que os elementos sucessivos têm cada um a sua lei, o seu momento legal, mas é decisiva a lei do último momento, que é a do último momento necessário", porém desde que o elemento seja um *preparatório* do outro. Se, porém, como no caso das condições de elegibilidade, uma for independente da outra, cada uma delas observa a sua própria norma, podendo a nova lei não incidir em situações já consumadas perante a lei antiga. Como adverte Pontes de Miranda,[9] "no caso de independência deles, a lei do último não prepondera, e haveria retroatividade em se estatuir que não valessem, formalmente, testamentos já feitos segundo a lei do momento da feitura; mas é inevitável a preponderância, se o elemento ou os elementos ligados à lei antiga são preparatórios", como, por exemplo, publicações do casamento a realizar-se, no direito privado.

---

[8] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 82-83.

[9] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 83.

Outra coisa, nada obstante, ocorre com as demais normas da LC nº 64/90, com a redação da LC nº 135/2010. Aqui, a discussão tem outra natureza, diversa das condições de elegibilidade já existentes e modificadas. A questão a saber é se a lei nova poderia (i) criar novas condições de elegibilidade a serem aplicadas de imediato para o próximo pleito eleitoral e, também, se poderia (ii) criar hipóteses novas de inelegibilidade para fatos ilícitos passados, já ocorridos antes da vigência da lei nova ou (iii) criar novos prazos de inelegibilidade cominada, aplicando-os aos fatos pretéritos, já constituídos, inclusive em casos já julgados, quando a elegibilidade aplicada era de menor prazo (exemplo, era de 3 anos e passou, na lei, para 8 anos).

A elegibilidade é direito de ser votado que nasce do fato jurídico do registro de candidatura.[10] As condições de elegibilidade são pressupostos para a obtenção do registro de candidatura. Logo, pode a lei nova criar novas condições de elegibilidade antes das convenções partidárias, sem que haja retroatividade (conflito de normas no tempo). A questão a saber — que é de outra natureza — é se essa norma entraria em vigor imediatamente ou apenas na eleição posterior, em razão da norma do art. 16 da CF/88 (obrigatoriedade da lei no tempo). Ali, a questão é de direito intertemporal, de relacionamento entre normas no tempo; aqui, trata-se de *vacatio legis*, da aplicação imediata ou não da lei. Questões diversas, que merecem respostas diferentes. Sendo de se observar que a norma do art. 16 da CF/88 elide o efeito da lei nova que não respeite o princípio da anualidade, aquela condição de elegibilidade apenas poderia ser exigida noutra eleição futura.

Note-se, ainda, uma outra importante afirmação: *as condições de elegibilidade são sempre fatos jurídicos lícitos ou situações jurídicas lícitas*, que compõem o suporte fático do fato jurídico complexo que faz nascer o direito ao registro de candidatura. Lembre-se que uma norma jurídica pode conter, em seu suporte fático,

[10] Como direito subjetivo público absoluto, a elegibilidade tem como sujeito passivo a totalidade menos um, é dizer, o próprio titular do direito. Trata-se de um direito que se exercita também em face do Estado, não podendo ser suprimido por norma jurídica nova, acaso já nascido do registro de candidatura. Seria ferir o direito adquirido, protegido pela Constituição Federal. Não se pode mais hoje aplicar doutrina do final do século XVIII ou da primeira metade do século passado, quando ainda em formação os Estados constitucionais modernos, em que os nacionais não mais são súditos, mas cidadãos com direitos subjetivos públicos ante o próprio Estado. Essa a razão pela qual não se pode adotar, nos dias atuais, a posição de GABBA. *Teoria della retroattività delle leggi*, v. 2, p. 134, que retira dos direitos políticos as garantias constitucionais, tratando-os como mera concessão do Estado ao cidadão: "i diritti e le prerogative d'indole pubblica o politica non si possono mai dire diritti acquisiti, ma sono piuttosto mere concessioni dello Stato". Forrou-se desse erro PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, t. V, p. 98-99.

fatos brutos ou fatos já juridicizados, ou efeitos jurídicos.[11] Aqui, as condições de elegibilidade são sempre ou fatos jurídicos ou efeitos jurídicos (situação jurídica). Nacionalidade, ser filiado a partido, ter domicílio eleitoral, estar no exercício dos direitos políticos, estar desincompatibilizado são estados jurídicos (situações jurídicas); alistamento eleitoral, indicação em convenção partidária são fatos jurídicos. *Toda condição de elegibilidade é situação ou fato jurídico lícito*.

As normas sobre elegibilidade e inelegibilidade são normas que tratam do macro processo eleitoral. Alterá-las no período de um ano antes da eleição é trazer modificação que muda as regras do jogo eleitoral em tema relevantíssimo, que são os direitos políticos em sua dupla face: votar e ser votado, ou em uma das suas faces: ser votado. Nesse sentido, importante a manifestação do Ministro Gilmar Mendes:[12] "O pleno exercício dos direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de regras que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a restringi-las ou subtraí-las". E, concluindo, asseverou: "O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. As restrições a essa regra trazidas no bojo da reforma constitucional apenas serão válidas na medida que não afetem ou anulem o exercício dos direitos fundamentais que conformam a cidadania política".

Assim, podemos afirmar que *a lei nova que cria ou modifica uma condição de elegibilidade pode ser aplicada imediatamente, sem ter efeitos retroativos, nada obstante deva se submeter a* vacatio legis *de um ano, observando a norma do art. 16 da CF/88*. Não pode, nada obstante, modificar condição de elegibilidade já consumada e independente, sob pena de retroatividade que fere ou ato jurídico perfeito ou direito adquirido.

Outra questão relevante é o saber se a lei nova poderia criar uma nova hipótese de inelegibilidade para fatos que ocorreram antes da sua entrada em vigor. Ou seja,

---

[11] *Vide* PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. I, p. 77 *passim*. Outrossim, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*, p.144 ss.
[12] STF: ADI nº 3.685-8/DF.

poderia a lei nova apanhar fatos no passado, convertê-los hoje em ilícitos e atribuir-lhe uma sanção de inelegibilidade?

Há três hipóteses de retroatividade da norma: (a) a retroatividade da própria juridicização (a norma incidir no passado, no seu ontem); (b) a adoção de fatos passados já consumados como suporte fático para a incidência no hoje da norma; e (c) a retroatividade de efeitos dos fatos jurídicos juridicizados. Se há um fato no passado e a norma, no presente, fá-lo jurídico, a juridicização, feita ontem ou hoje, invade porém o passado. A norma teria que apanhar o fato punctual ou linear já não mais existente, ou a parte dele que deixou de existir no tempo, e tomá-lo como se fosse hoje, no hoje da norma. É evidente que, no tempo da norma, há o hoje, porém, no tempo do fato, o ontem é que há. Nessas hipóteses, *há invasão nas marcas, nas fronteiras do tempo pela norma jurídica, para transformar juridicamente no hoje o que ontem não era, atribuindo-lhe efeitos jurídicos*. Se, por exemplo, a renúncia do parlamentar antes de recebida a representação pelo Conselho de Ética era lícita, qualquer norma nova que preveja a renúncia, após apenas o oferecimento da representação, como hipótese de inelegibilidade, tem eficácia apenas sobre os fatos ocorridos após a sua vigência. Apanhar no passado a renúncia em conformidade com a lei antiga e lhe aplicar a lei nova é caso de invasão indevida do passado, violando ato jurídico perfeito (renúncia como ato jurídico unilateral receptício). Por essa razão, o art. 1º, I, “k”, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/2010, apenas incide a partir da sua entrada em vigor, não podendo apanhar, sem que haja retroatividade, os fatos passados.

Se o fato passado será tomado como fato jurídico lícito no presente, a ausência de consequências negativas não impede a invasão do passado pela norma no presente, desde que não fira direito adquirido de outrem, ou coisa julgada, ou ato juridicamente perfeito. A retroatividade, quer da norma (ao juridicizar fato passado), quer dos efeitos do fato jurídico (ao fazê-los ir para o passado da norma), é tolerada pelo ordenamento jurídico. É, digamos, uma retroatividade do bem!

O que não se admite, e ofende a dignidade da pessoa humana, ofende o princípio da não surpresa, viola a segurança jurídica, é quando a retroatividade opera para juridicizar fatos já consumados no passado como ilícitos e atribuir-lhes, no passado, presente ou futuro, sanções inexistentes ou alargadas ao seu tempo. É dizer, também não se admite que um fato reputado anteriormente ilícito tenha, por norma nova mais gravosa, a sua sanção amplificada, sendo-lhe aplicável desde logo. O fato já seria ilícito

ao tempo da lei antiga; a lei nova aumentaria a sanção e, desde já, alcançaria os fatos submetidos a outra disciplina legal, retroativamente.

Nos dois casos, patentes, por exemplo, nas alíneas "e" e "j" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, com a redação da LC nº 135/2010, há evidente retroatividade, em razão do art. 3º da LC nº 135/10, cuja eficácia aflitiva, negativa, gravosa, ressalta a não mais poder.

É certo que, no julgamento das ADC nº 29/ADC nº 30/ADI nº 4.578, o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, entendeu que não haveria a retroatividade da aplicação das sanções mais gravosas da LC nº 135 aos fatos passados, ocorridos antes da sua entrada em vigor. Para o relator, Ministro Luiz Fux, citando J. Gomes Canotilho,[13] o que haveria era a *retroatividade inautêntica* (ou *retrospectividade*), em que a norma jurídica atribuiria efeitos futuros a situações jurídicas já existentes, como ocorre, por exemplo, com as modificações dos estatutos dos servidores públicos ou as regras da previdência.

Ora, o argumento é claudicante. O servidor público, por exemplo, está inserido em uma relação estatutária com a Administração Pública. Se ele conta com quatro anos no exercício efetivo do cargo e a lei antiga estabelece uma promoção após cinco anos do ingresso no serviço público, a lei nova que estabelecer que o prazo para a promoção será agora de oito anos pode incidir desde já, sem que haja retroatividade. O tempo de cinco anos era um dos elementos do suporte fático do fato jurídico que faria nascer o direito à promoção; o critério temporal era linear de cinco anos. Com a ampliação para oito anos, a norma nova apanha aquela reminiscência de fatos passados e contabiliza, sem retroatividade, para o efeito da obtenção futura da promoção, contados agora os oito anos. Diversamente, se a lei nova entrasse em vigor após os cinco anos previstos na lei antiga, havia já ocorrido o fato jurídico do qual teria nascido o direito à promoção, mesmo que ainda não aplicado, não podendo a Administração Pública deixar de conceder ao servidor invocando a lei nova. Aí haveria retroatividade, porque a incidência da promoção já estava consumada, sendo direito adquirido do servidor.

É situação absolutamente diversa, por exemplo, do parlamentar que renuncia ao mandato antes do recebimento da representação para a abertura de processo disciplinar ou ético. A renúncia é ato jurídico perfeito, consumando-se naquele momento punctual. A lei posterior que estabeleceu outro marco para a renúncia (*v.g.*,

[13] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 261-262.

até o oferecimento da representação) não pode ser aplicada àquele ato jurídico perfeito esgotado no passado, sob pena de retroatividade (e não de *retrospectividade*).

Os exemplos usados pelo Ministro Luiz Fux não o acodem, aliás. Segundo ele, em seu voto, "a situação jurídica do indivíduo — condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo — estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte". Ora, a perda de cargo público decorre de ato jurídico administrativo, que demite o servidor público por infração funcional. O seu efeito é cortar a relação jurídica estatutária entre ele e a Administração Pública. O fato punctual esgotou-se no passado. Após a demissão não há mais relação jurídica entre a Administração e o servidor público. A lei nova que apanha aquele fato extintivo (demissão) invade o passado, retroagindo, ainda que seja para aplicar os seus efeitos no presente ou futuro. Que efeitos da demissão perdurarão no tempo? O estado de demitido? Ora, o estar demitido é situação de fato; não mais situação jurídica, que era o vínculo entre o servidor e a Administração Pública. A diferença é sutil, mas essencial, como tantas vezes advertiu Pontes de Miranda sobre a matéria de tão alta indagação.

Outra confusão feita pelo Ministro Fux - e com ele a maioria da composição da Corte - foi asseverar que não existe direito adquirido a candidatar-se. De fato, o direito adquirido a candidatar-se é a elegibilidade, que nasce do fato jurídico do registro de candidatura. Antes dele, não há falar em elegibilidade. A cinca do Ministro Luiz Fux está, nada obstante, em afirmar que "a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico — constitucional e legal complementar — do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos 'negativos' (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica".[14] Tal afirmação, com todas as vênias, cai em um sem sentido jurídico. Ora, se há requisitos para o nascimento de um direito (*rectius*, ocorrência do fato jurídico que faz nascer o direito subjetivo) é tautológica a afirmação de que têm eles de ser preenchidos, ou então não seriam requisitos. No voto do Ministro Fux, para que nasça a elegibilidade é

[14] STF: ADC nº 29/ADC nº 30/ADI nº 4.578.

necessário que *não se preencha o requisito negativo* (*as inelegibilidades*). Note-se: se para eu obter um direito eu devo não preencher um requisito, resta evidente que ali não se está diante de um requisito *tout court*,[15] mas de um empecilho (ou obstáculo-sanção, como denomino desde 1998). Requisito é pressuposto, não impedimento! O que demonstra, a mancheias, que não se pode dizer, sem cair numa absurdidade deôntica, que a inelegibilidade não é sanção, mas condição.

Mais grave ainda é a afirmação segundo a qual a suposta "característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em 3 (três), 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, para 8 (oito) anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na Lei Complementar nº 64/90, esses prazos poderão ser estendidos — se ainda em curso — ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos, por força da lex nova, desde que não ultrapassem esse prazo". Aqui, o Ministro Fux simplesmente admite, mesmo sem o dizer expressamente, a retroatividade da lei nova, apanhando de modo mais gravoso os fatos já consumados no passado. Ademais, não há como se falar em característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, porque simplesmente ela não existe. Não há um estatuto eleitoral para os cidadãos que não a regulação do seu exercício ao voto e a doações eleitorais que eventualmente faça. As demais normas sobre a disputa de mandato eletivo enquadram aqueles que pedem o registro de candidatura e passam a agir como se (*als ob*) fossem candidatos, até que haja o deferimento e, registrada a candidatura, nasça o direito de ser votado. Essa relação continuativa é o artefato retórico usado pelo Ministro Fux para poder tentar afastar a evidente retroatividade da lei nova.

Um candidato que tenha sido condenado por abuso de poder econômico ou político nas eleições de 2006, tendo a sentença aplicado a inelegibilidade por três anos, cumpriu aquela sanção completamente no ano de 2009. A inelegibilidade é efeito desconstitutivo da sentença transitada em julgado; não ocorre *ope legis*, como efeito do fato jurídico material, mas, sim, *ope judicis*, como efeito da sentença, fazendo coisa

[15] Cinca em que também incidiu REIS, Márlon Jacinto. *Direito eleitoral brasileiro*, p. 236. Uma boa exposição sobre tema, adotando a nossa teoria das inelegibilidades, está em STOCO; STOCO. *Legislação eleitoral interpretada*, p. 224-225.

julgada.[16] Desse modo, a lei nova que amplie a sanção de inelegibilidade, passando de três para oito anos a sua extensão temporal, não pode, sob pena de retroagir e ferir a coisa julgada, ser aplicada a casos passados. A afirmação de que "esses prazos [de inelegibilidade aplicadas por decisão transitada em julgado sob a vigência da lei velha] poderão ser estendidos — se ainda em curso — ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos" é simplesmente a adoção do desrespeito à coisa julgada e a admissão à boca cheia da retroatividade da lei sancionatória.[17]

Vinha, desde que o projeto de lei complementar dos fichas limpas ganhou o interesse da mídia, chamando a atenção para a supremacia do princípio da presunção de não culpabilidade. Enfatizei, também, que a lei não poderia retroagir os seus efeitos para alcançar situações jurídicas constituídas anteriormente à sua vigência. Nada obstante, o projeto de lei complementar dos fichas limpas já trazia embutido uma clara tentativa de superar antecipadamente fundamentais discussões de índole constitucional e de sobredireito intertemporal. Mais ainda: trazia o claro intuito de afrontar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF nº 144/DF, com a

---

[16] A distinção entre incidência e aplicação se mostra fundamental para a compreensão do que juridicamente sucede. Quando ocorre o abuso de poder econômico, por exemplo, a norma jurídica incide automática e infalivelmente, nascendo ali o fato jurídico ilícito, cujo efeito é a sanção de inelegibilidade. Para que a sanção, todavia, repercute na esfera jurídica do infrator, necessário que haja a sua aplicação através de decisão judicial de natureza constitutiva da sanção e declaratória do fato jurídico ilícito. A aplicação, diferentemente da incidência, normalmente ocorre na vida, porém pode dar-se que apenas ocorra mediante a intervenção do Estado-Juiz, através do exercício da atividade jurisdicional. É aí, inclusive, onde haverá preponderância dos embates retóricos e da produção probatória, vencendo aquele que melhor domine as técnicas processuais de convencimento do julgador. Como lembra CALAMANDREI. Il processo come giuoco. *In*: CALAMANDREI. *Opera giuridiche*, v. 1, p. 539, "La sentenza non è dunque il prodotto automatico dell'applicazione delle leggi ai fatti, ma è la risultante psicologica di tre forze in giuoco, due delle quali, studiandosi ciascuna di tirar nella propria direzione la terza, svolgono tra loro una gara serrata che non è soltanto di buone ragioni, ma altresì di abilità tecnica nel farle valere".

[17] Esse o equívoco, aliás, do Ministro Luiz Fux: "Em segundo lugar, não se há de falar em alguma afronta à coisa julgada nessa extensão de prazo de inelegibilidade, nos casos em que a mesma é decorrente de condenação judicial. Afinal, ela não significa interferência no cumprimento de decisão judicial anterior: o Poder Judiciário fixou a penalidade, que terá sido cumprida antes do momento em que, unicamente por força de lei — como se dá nas relações jurídicas *ex lege* —, tornou-se inelegível o indivíduo. A coisa julgada não terá sido violada ou desconstituída". Ora, já demonstramos que a inelegibilidade não é *ex lege*, mas decorre de sentença judicial que a decrete, é dizer, que a constitua negativamente, razão pela qual, sim, há violação da coisa julgada se se estende o prazo da inelegibilidade fixado na decisão judicial trânsita em julgado. Basta citar ROSENBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, p. 37, para quem "Las demandas y sentencias constitutivas quieren, por el contrario, producir o hacer notable un efecto que hasta entonces no se ha producido o no era notable; quieren, así, crear una consecuencia jurídica que hasta ese instante no existía y no existiría sin la sentencia, en el sentido de crear, modificar o extinguir una relación jurídica; pronunciando lo que *será*; son *constitutivas* o *formadoras de derecho*" (grifos originais). Esse "novo" jurídico criado pela sentença que decreta a inelegibilidade não provém diretamente da lei e tampouco existiria sem que houvesse uma decisão judicial que lhe desse origem. Essa a razão pela qual não poderia uma lei posterior estender efeitos já protegidos pelo selo da imutabilidade.

norma do seu art. 3º: "Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o caput do art. 26-C da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar". Mas o próprio STF endossou as inconstitucionalidades...

Já o *caput* do art. 26-C da nova Lei Complementar nº 135 prescreve que "o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso".

Note-se: a LC nº 135 estipula que a sanção de inelegibilidade, nas várias hipóteses que prevê, será aplicada sem necessidade de trânsito em julgado, bastando que haja decisão de órgão colegiado. Essa decisão da qual dimana a inelegibilidade (como efeito incluso ou como efeito anexo, acessório) poderá ter os seus efeitos suspensos pela instância superior àquele órgão colegiado que proferiu a decisão judicial, desde que a pretensão recursal possua plausibilidade e que o pedido de tutela antecipada recursal tenha sido expressamente feito.

Deixo, por ora, de analisar aqui os aspectos problemáticos dessa norma do art. 26-C, que não são poucos, ainda mais porque o legislador pôs na mesma norma, indistintamente, *inelegibilidade decretada como conteúdo de uma decisão judicial* (efeito inexo ou incluso) e *inelegibilidade decorrente de efeito anexo ou excluso*, aplicada *ope legis* como pena acessória (aqui, naturalmente, não há como fugir da incidência do art. 15, III, da CF/88, no caso de sentença penal condenatória, a exigir sempre o trânsito em julgado para efeito de suspensão dos direitos políticos).

O art. 3º da LC nº 135 tem por finalidade ser norma de sobredireito, legislando sobre direito intertemporal, ainda que com a sua redação propositadamente ambígua. Qual a lógica daquela norma? Tomando como certo que as inelegibilidades hipotisadas na lei seriam imediatamente aplicadas a situações jurídicas anteriores à sua vigência, mesmo quando já houvesse decisão judicial de órgão colegiado submetida a recurso, teria permitido o *legislador torquemadista* a possibilidade de o agora desde já inelegível pugnar pela suspensão dos efeitos imediatos (anteriormente inexistentes) da decisão que decretou a inelegibilidade ou à que a inelegibilidade foi soldada de fora para dentro (efeitos anexos). É dizer, o legislador fez surgir para fatos e decisões

anteriores à sua vigência o efeito da inelegibilidade imediata por 8 anos, que poderia ser suspenso mediante pedido feito em "aditamento" (!?) ao recurso já aviado.

Alguns exemplos para iluminar a tese (feita lei) dos iluminados macartistas: imagine um nacional que tenha sido condenado, com trânsito em julgado, por homicídio e tenha cumprido a pena de 9 anos, encerrada a execução no mês de janeiro deste ano de 2010. Pela anterior redação da alínea "e" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, com o cumprimento da pena de crime contra a vida, estaria encerrada a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF/88), não havendo a aplicação de outra inelegibilidade cominada potenciada por mais 3 anos, limitada que era aos crimes ali descritos.

A nova redação, porém, ampliou consideravelmente o rol de crimes que desafiariam a aplicação da sanção de inelegibilidade, agora por 8 anos, inclusive independentemente de trânsito em julgado, apanhando também os crimes contra a vida.[18]

Estaria aquele nacional que cumpriu integralmente a pena cominada por sentença criminal transitada em julgado submetido agora a inelegibilidade de 8 anos? Querendo ser candidato a deputado estadual em 2010, poderá ele ser validamente registrado pela Justiça Eleitoral? Outra situação: se ele tivesse sido condenado por crime contra a administração pública por 7 anos, já tivesse cumprido a pena integralmente e já tivesse também cumprido o prazo de três anos de inelegibilidade cominada potenciada encerrada justamente no mês do fevereiro deste ano, poderia ser registrado como candidato, conforme a norma revogada, ou estaria agora submetido à inelegibilidade de 8 anos?

Ainda uma outra situação: declarada a captação de sufrágio, o candidato eleito teve o seu diploma cassado, em decisão pendente de julgamento ou já transitada em julgado. Como fica a sua situação jurídica? No exemplo citado, ao tempo da decisão transitada em julgado não havia a previsão da nova redação da alínea "j" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, de modo que não se cominava à captação de sufrágio a sanção

[18] Eis o rol dos crimes descritos na nova redação da alínea "e": contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

de inelegibilidade por 8 anos. Imaginemos, hipoteticamente ainda, que o processo esteja pendente de julgamento no TSE, referente a eleição de governador de Estado. Aplica-se imediatamente a inelegibilidade? Pela redação do art. 3º da nova lei complementar, sim, haveria a imediata (e retroativa) aplicação da inelegibilidade, devendo o nacional buscar aditar o recurso para suspendê-la, na hipótese de pendência do processo; na hipótese de trânsito em julgado da decisão, mesmo ocorrida antes da vigência da lei, também seria aplicada, não tendo o nacional o que fazer, senão submeter-se à sanção criada posteriormente ao próprio julgamento a que se submeteu.

A inconstitucionalidade do art. 3º da nova lei complementar é patente, mesmo com o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, tendo referendado a norma por ele veiculada.

Gostaria de fazer aqui uma importante observação, essencial para prosseguirmos: a inelegibilidade cominada é sanção que pode ser conteúdo ou efeito anexo da sentença. Em ambos os casos, *a inelegibilidade é conteúdo ou efeito da sentença*! A afirmação é um truísmo, mas em tempos obscurantistas faz-se fundamental avivarmos questões básicas. Se o efeito é incluso à sentença, fazendo parte do conteúdo da decisão, é porque a inelegibilidade é efeito do fato jurídico ilícito, estando pois na relação de direito material, sendo constituída pela decisão judicial que primeiramente declarou que o ato ilícito se deu. Ou seja, a inelegibilidade se liga primeiramente ao ato ilícito, sendo constituída pela sentença como sanção à sua prática. Assim, a questão fundamental é saber se ao tempo do fato a lei o previa como ilícito e se a ele cominava aquela sanção. Se a sanção derivar de lei posterior, aplicá-la seria dar-lhe efeito retroativo, revolvendo inconstitucionalmente o passado.

Diversamente, como efeito anexo da decisão judicial, a norma não desce aos fatos ilícitos mesmos, mas toma a decisão judicial sobre eles como ato-fato jurídico, sobre o qual faz incidir a inelegibilidade como efeito anexo. A questão jurídica seria diversa: não seria o caso de se olhar se o fato ilícito eleitoral e a sentença que constituiu a inelegibilidade foram anteriores ou posteriores à lei, mas sim se: (a) já há relação jurídica processual; e (b) se já há decisão judicial em que os efeitos da inelegibilidade serão anexados.

É evidente que a lei que criou a sanção como efeito anexo da sentença tenha que ser, para ter efeito, anterior à formação da relação processual, quando já estabilizada pela contestação (princípio da eventualidade). E, com muito mais razão, é evidente

também que não há como se soldar o efeito anexo a decisões já proferidas quando a lei nova ingressou em vigor. Nem em um caso nem no outro há possibilidade de aplicação da nova lei, salvo se for para lhe atribuir retroatividade.

Referências

CALAMANDREI, Piero. Apunti sulla sentenza come fatto giuridico. *In*: CALAMANDREI, Piero; CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Milano: Torino Unione Tipografico-Editrice, 1891. v. 1 e 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. III, IV, V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. I, II, IV, V.

REIS, Márlon Jacinto. *Direito eleitoral brasileiro*. Brasília: Alumnus, 2012.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*: conflits des lois dans le temps. 2e éd. Paris: Dalloz, 2008.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

10. ATIVISMO JUDICIAL: O CAMINHO DA RACIONALIDADE JURÍDICA AO ARGUMENTO POLÍTICO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-10

Antonio Jorge Pereira Júnior[1]
João Lucas de Oliveira Almeida[2]
Lucas Silva Machado[3]

1 Introdução

No dia 29 de novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* (HC) 124.306, do Rio de Janeiro. A decisão, de rigor, valeu apenas para o caso, que envolvia funcionários e médicos de uma clínica de aborto clandestina em Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, os quais tiveram a prisão preventiva decretada. Os impetrantes pleiteavam o relaxamento de prisão por participação em crime de auxílio ao aborto, fato típico, para responderem em liberdade. O HC junto ao STF restara como última opção, face à recusa reiterada do pedido de livramento na Justiça Estadual e no Superior Tribunal de Justiça. Em todas as instâncias judiciais, também o *Parquet* mostrara-se contrário ao relaxamento, inclusive a Procuradoria Geral da República.

O objeto da ação era simplesmente o relaxamento da prisão. No entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso, integrante da turma que julgou o pleito, pediu vista em agosto daquele ano (2016) e decidiu aproveitar a oportunidade para apresentar em seu

---

[1] Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra "Direitos da criança e do adolescente em face da TV" (Saraiva: 2011). Coordenador da Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça sobre Oitiva de criança vítima de violência (2018). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana de Derecho de la Família y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Autor de mais de 120 trabalhos publicados no Brasil e exterior. E-mail: antoniojorge2000@gmail.com

[2] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. Assessor Jurídico de Tributos. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Ex-Secretário-Geral da Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU), programa de extensão vinculado à Pró-Reitoria de Extensão (PREX) da Universidade Federal do Ceará (UFC), pelo qual foi membro-bolsista durante os anos de 2015 e 2016.

[3] Mestre e Bacharel em Direito pelo Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará. Professor da Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP/CE).

voto matéria que extrapolava o pedido, sem conexão imediata com o HC: a descriminalização do aborto no Brasil. Seu voto, apesar de excessivo, foi seguido por outros dois ministros daquela Turma, Edson Fachin e Rosa Weber, enquanto outros dois não lhe acompanharam nesse argumento, senão quanto à soltura dos réus por entenderem não ser necessário mantê-los presos enquanto prosseguia, em primeira instância, o julgamento do mérito. Foi o caso de Marco Aurélio Mello e Luiz Fux.

O Ministro Barroso pretendia estabelecer um precedente no STF no qual se afirmasse a não existência de crime de aborto se o ato fosse consumado no primeiro trimestre de gestação, independente do motivo que levasse a mulher a interromper a gravidez. Advogava, assim, desde a máxima cátedra judiciária, sem que tal avaliação houvesse sido suscitada no caso. Afirmava, então, a não recepção parcial pela Constituição de 1988 com relação às normas incriminadoras do aborto, afirmando a inconstitucionalidade do art. 126 do Código Penal (aborto com o consentimento da gestante) e das hipóteses constantes do art. 124 do mesmo diploma (autoaborto e consentimento para a prática de aborto).

Naturalmente, o assunto chamou a atenção da opinião pública. Primeiro, pelo inesperado voto com fundamento e consideração que escapam ao pedido, servindo assim a outras pretensões que parecem traduzir uma agenda pessoal do Ministro Barroso. Segundo, pelo teor. O aborto é um dos temas mais controversos no País, cuja população, todavia, ainda é majoritariamente contrária à legalização da prática.

Conforme dados de pesquisa de opinião do IBOPE, realizada em agosto e publicada em novembro de 2017, para adotar contexto mais próximo do momento do voto, em face da questão "Gostaria que o(a) sr.(a) dissesse o quanto concorda ou discorda de cada uma destas frases: O aborto deveria ser permitido no Brasil em qualquer circunstância", apenas 10% da população concordou plenamente[4]. Por outro lado, 68% discordou totalmente da assertiva. Abaixo se traz parte da tabela com resultados da pesquisa acima expressa.

---

[4] Cf..http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_0296_O%20DILEMA%20DO%20BRASILEIRO%20-%20Relatório%20de%20tabelas%20(divulgação).pdf. Acessado em 17 de dezembro de 2017.

RESPOSTA		TOTAL	IDADE				
			16 A 24	25 A 34	35 A 44	45 A 54	55 E MAIS
BASE	Sem pond.	1568	271	345	322	272	358
	Pond.	1512	263	335	310	260	344
MÉDIA		1,8	1,7	1,8	1,7	1,7	1,9
(01) Discorda totalmente		68%	70%	68%	73%	69%	62%
(02)		9%	8%	8%	6%	9%	12%
(03)		8%	7%	11%	8%	9%	7%
(04)		4%	3%	2%	3%	4%	5%
(05) Concorda totalmente		10%	10%	10%	9%	9%	12%
Não sabe/ Não respondeu		1%	1%	1%	0%	0%	3%

Os movimentos favoráveis ao aborto comemoraram a prolação do voto. Mas, acima disso, gerou-se perplexidade em muitos juristas, magistrados e parlamentares, pelo uso da função judiciária como instrumento de fixação de uma posição que o Ministro sustentava como advogado, antes se assumir o posto de Julgador, presumivelmente imparcial, em um caso e em situação que, de rigor, não lhe daria abertura para julgar tal tema.

Em razão dos vários elementos que exorbitam da práxis judicial, o caso serve de estopim para a reflexão que pauta este trabalho: a distinção entre a racionalidade jurídica e a política, e como se pode notar a presença do ativismo judicial na atitude de um magistrado a partir da conjugação das várias dimensões do discurso humano - o poético, o retórico, o dialético e o lógico – em sua fundamentação.

Podem ser trazidos a baila, no caso em apreço, alguns elementos que favorecem esse tipo de análise. Primeiro, como já assinalado, o Ministro Barroso ultrapassou o objeto imediato da ação. Segundo: ele advogara pela descriminalização do aborto antes de chegar ao STF. Terceiro: os argumentos que ele apresentava não foram acompanhados do contraditório de uma dialética autêntica entre as opiniões que habitualmente se confrontam nessa matéria.

Pelo contrário, ele construiu uma aparente ou *pseudo* dialética, de caráter basicamente retórico, ao selecionar o que seriam as ideias divergentes das suas, moldadas pelo seu próprio discurso indutor. Vale-se da técnica de "criação do espantalho", um adversário ficcional, enfraquecido, a quem é fácil de derrotar nesta ilusória oposição.

Quarto: nota-se o tom retórico prevalecente, mais próprio de uma dimensão política, pela forma e seleção de argumentos que primam pelo impacto emocional ou estético, de modo a cativar e persuadir o público antes pela aparência ou impressão subjetiva do que pela substância objetiva e consistência jurídica de um ideia.

O presente trabalho, assim, propõe-se a analisar algumas distinções entre um discurso de feitio jurídico em contraposição ao discurso político, tomando por base as categorias discursivas descritas por Aristóteles, de modo a facilitar a percepção e identificação do ativismo judicial mediante ação do magistrado que se sobrepõe à atividade própria do político.

2 Discurso jurídico e discurso político

O tópico ora iniciado aborda primeiramente as relações entre direito e política. São ciências que se realizam mediante comunicação. Logo, expressam-se por meio de discursos. Passa-se então à análise das modalidades discursivas e se explica o efeito de cada uma delas sobre o ouvinte. Disso decorre a associação dos tipos discursivos à dimensão teleológica de cada ciência: direito e política cumprem funções diversas em cada sociedade e, por isso, utilizam de modo diverso a combinação das categorias dialógicas.

Compreendidas as relações entre os quatro discursos, associados às finalidades das duas ciências sob comparação, pode-se então notar como se identifica o ativismo judicial de caráter político no discurso de um magistrado. Principalmente nas posições mais altas da carreira.

Ao final, apresenta-se o voto do ministro Barroso, acima citado, no qual há preponderância do caráter político acima da perspectiva jurídica, mediante abuso do poder recebido do Estado, de caráter jurisdicional, para operar mudança política, competência de outros Poderes.

2.1Relações entre direito e política

As semelhanças entre direito e política se notam especialmente pela comum natureza moral, pois os dois ramos são baseados na ação do homem como pessoa que atua e escolhe livremente a partir de sua razão e sua vontade[5]. Também se destaca nessas disciplinas seu caráter coercitivo e social, com base na autoridade, que as diferencia da ciência moral estrita. E, por fim, o fato de ambos se expressarem pelo

[5]HERVADA, Javier. **O que é o direito?**: a moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 129.

discurso, o que permite a análise das distinções que caracterizam propriamente o discurso jurídico e o discurso político.

No entanto, quando há um descompasso entre a dimensão doutrinal, teórica, e a dimensão impositiva, prática, do direito, é possível que essa dinâmica fuja do lastro e da segurança apresentada pela ciência e se torne uma realidade imprópria à sua essência, que passa a decorrer somente da vontade da autoridade e a abandonar a racionalidade que lhe é devida.

Somado a esse aspecto, há também um intercâmbio entre tais elementos pragmáticos e a atividade política – partes comuns ao governo social -, o que torna mais grave esse distanciamento, pois não só reduz o direito àquilo que não deveria ser como promove o sequestro de seus meios para outro campo da realidade moral, a política[6].

Na filosofia clássica, Aristóteles já enunciava que a qualidade do governo se baseava na boa constituição de três elementos, o que permite ilustrar a importância da reta distinção entre essas disciplinas, “uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas [...] a terceira é a que administra a justiça”[7].

Com efeito, pode-se considerar que essa divisão apresenta a existência de finalidades diferentes entre essas ciências. Duas dessas partes estão ligadas à atividade política, que pretende promover o bem comum, e uma à atividade jurídica, que pretende dosar a medida do que é justo[8].

Nesse sentido, destacadamente em Roma, as funções governamentais já se diferenciavam, ainda que naquele padrão de sociedade pudessem originalmente estar atreladas a uma liderança comum, relacionada ao sacerdócio, em quem se concentrava a magistratura[9] e o comando[10]. Prova disso é a concessão dada a alguns jurisconsultos, pelo imperador Augusto, da prerrogativa de elaborar pareceres em seu nome[11].

---

[6]Idem. p. 136.
[7]ARISTÓTELES. **A política**. Trad. de: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 147-148.
[8]Op. cit., 2006, p. 134-137.
[9]Nesse contexto, magistratura apresentava uma espectro de funções mais vasto do que o desempenhado pelo magistrado atualmente, suas funções continham maior número de atos executivos.
[10]FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. de: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2011. p.234.
[11]TAVARES, Júlia Meyer Fernandes. **A filosofia da justiça na obra de Marco Túlio Cícero.**2012. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São

O Estado Moderno também concebe que o judiciário e a política constituem ordens – e ciências - separadas, pois seus objetivos não se igualam e os papéis devem ser desempenhados de maneiras diferentes, mesmo que se baseiem na mesma autoridade, cuja divisão em poderes depende das finalidades perseguidas em seu exercício.

É essa a tradição que precede o art. 2º da Constituição Federal, o qual enuncia que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"[12].

No campo teórico e científico, a herança filosófica aristotélica foi exitosa em sistematizar as disciplinas utilizando as definições do Estagirita[13] para dividir e relacionar os tipos de conhecimento, o que melhor explicita as semelhanças e diferenças entre o direito e a política. Na obra *Metafísica*, Aristóteles expõe:

> Pois bem, é evidente que a física não é ciência prática nem produtiva: de fato, o princípio das produções está naquele que produz, seja no intelecto, na arte ou noutra faculdade; e o princípio das ações práticas está no agente, isto é, na volição, enquanto coincidem o objeto da ação prática e da volição. (...) [T]odo conhecimento racional é ou prático, ou produtivo, ou teorético[...][14]

Mortimer Adler, seguindo a mesma tradição, esclarece essa doutrina e classifica as atividades humanas em três dimensões: o pensamento produtivo, que aplica a razão a um objeto externo, por técnica ou arte; o especulativo, que apresenta as atividades puras e desinteressadas de aprendizagem e aquisição de conhecimentos; e o prático, que trata da ação moral e social do homem, englobando os saberes jurídico e político[15].

Ademais, John Finnis procede com a divisão de quatro ordens ortoepistemológicas, quatro tipos gerais de ciências: a) ciências naturais, que são pré-estabelecidas em relação ao entendimento humano; b) a lógica em sentido amplo, que analisa o próprio pensamento; c) as ciências chamadas de técnicas ou artísticas, sobre os objetos que o homem produz interagindo com algo externo, seja um poema ou um

Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6092/1/Julia Meyer Fernandes Tavares.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017. p. 35.

[12]BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

[13]Forma comum de se referir a Aristóteles, que nasceu em Estagira, na Macedônia.

[14] Op. cit., 2002. p. 270-271.

[15] ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para Todos**. Trad. de Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 29-31

barco, a partir de um plano ou propósito; d) as ciências de deliberação moral ou social[16].

As últimas espécies são partes da *philosophia moralis* e equivalem ao pensamento prático, ou às ciências práticas, na classificação de Adler. São aquelas que surgem a partir das ações e escolhas dos homens, como a ética, a política, o direito e a economia.

O autor, ao identificar essa divisão, destaca a possibilidade de se reduzir a percepção da realidade pela comunidade humana mediante a tentativa de se aplicar, no estudo de uma ciência de deliberação, ferramentas de análise apropriadas a outro campo de estudo, como a lógica, a física ou as artes e tecnologias[17].

Esse risco também existe na confusão entre os métodos das disciplinas presentes no mesmo campo de estudo, como o direito e a política, que estão imersos em uma só ordem ortoepistemológica, a deliberativa. Destarte, para a boa compreensão dessas ciências é necessária a distinção entre o discurso jurídico e o discurso político.

2.2 Consequências do discurso nas ciências

Ainda que se conheça uma ciência prática, essa compreensão não significa o domínio sobre o conteúdo expresso em um discurso que trate dessa matéria, pois se exige um conhecimento de outra natureza para comunicar ou interpretar aquilo que foi transmitido.

Se não há domínio sobre a técnica de comunicação, tampouco há a certeza sobre a adequação entre a forma do discurso e a sua finalidade, pois não é esclarecido o rigor que deve ser empregado nessa argumentação (a variar conforme o lugar a situação) e nem a adequação da ferramenta utilizada para alcançar determinada adesão do público de interesse.

É certo que se espera do político que governe e legisle de modo agradável aos governados, assim como se espera do juiz que seja digno, imparcial e que se esforce por proferir decisão reta e justa. Entretanto, quanto aos meios para se atingir esses fins há maior incerteza.

---

[16]FINNIS, John. **Natural law& natural rights**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 136-138.
[17]Idem. p. 136.

Para Aristóteles, o homem somente compreende algo a partir da familiaridade com a maneira que essa lição é expressa, pois entende mais aquilo a que já tem contato habitualmente. Ausente a proximidade com o meio de transmissão, a mensagem parece mais difícil[18].

É necessária, portanto, a instrução também sobre o método, além do objeto e da finalidade do conhecimento buscado, para se compreender a real dimensão de cada campo de estudo.

Diante da natureza prática das ciências destacadas, direito e política, soma-se à exigência do conhecimento sobre o método, o objeto e a finalidade, a consideração das ferramentas de sua aplicação, para que uma disciplina não ultrapasse a atuação da outra.

Ocorre que o uso de institutos próprios do direito por um agente da política, assim como a persecução de uma finalidade política por um agente jurídico, pode ser prejudicial para todo esse corpo de atividades que contemplam a *práxis* humana.

Esses ramos do conhecimento tratam de matérias que revestem de autoridade alguns entes coercitivos responsáveis por decidirem em nome de uma comunidade. A essa autoridade, geralmente se atribui um dever de justificação, que significa a passagem do pensamento, relativo à razão prática, à linguagem, atrelada à razão técnica.

É o que Finnis observa ao comentar a obra *O Império do Direito*, de Ronald Dworkin: os operadores do direito e da política, que são disciplinas deliberativas - classificadas como integrantes da quarta ordem ortoepistemológica -, utilizam objetos provenientes de disciplinas técnicas e artísticas – integrantes da terceira ordem -, como a gramática, a poética e a retórica, para embasar suas ações e para expressar as suas justificativas.

Finnis enuncia:

> Ainda, uma das características típicas da lei é a de existir parcialmente como símbolos ou formulações, que são objetos criados na terceira ordem, trazidos à existência pela legislação (incluindo ordens ou mandados judiciais) e, portanto, imbuídos de uma realidade independente das intenções e escolhas dos legisladores – uma realidade que gera um problema de interpretação distinto do problema de interpretar essas intenções e escolhas como ações[19] (traduziu-se).

[18] Op. cit., 2002. p. 79.

[19] FINNIS, John. On reason and authority in Law's Empire. **Law and philosophy**, [s.l.], v. 6, n. 3, p.357-380, dez. 1987. Springer Nature. http://dx.doi.org/10.1007/bf00142932. p. 361. Tradução livre de: “Still, one of law's usually characteristic features is that it has part of its reality as symbols or

Assim, é natural que exista uma interação entre a matéria de decisão e sua forma de expressão, ainda que o conteúdo e a exposição sejam regidos por princípios diferentes dentro de uma mesma unidade de discurso humano.

Desse modo, não é suficiente o conhecimento das distinções entre as matérias discutidas, direito e política, mas também é necessário o exame sobre as formas como elas são apresentadas, sobre a natureza dos dois tipos de argumentação, para que suas práticas sejam adequadas.

Tratando-se de atividade intelectual, promovida pelo pensamento, sua ação é comunicada através da linguagem, que precisa ser analisada para a compreensão do raciocínio.

É o discurso o instrumento utilizado pelos políticos e pelos juristas para comunicar seu entendimento, no intento de convencer ou explicar sua posição a seu público. Essa ferramenta visa um acordo com a audiência, aumentar sua adesão a uma tese apresentada, independente da finalidade buscada pelo comunicador – persuadir, convencer ou conhecer - e do rigor exigido sobre sua argumentação[20].

A partir dessa perspectiva, pode-se analisar quais são as espécies de discurso, as diferenças entre tais e como elas se adequariam a um discurso propriamente jurídico ou político.

2.3 As Espécies Discursivas

Aristóteles registrou em sua obra o estudo de ciências discursivas como a poética e a retórica - por vezes compreendidas entre as ciências técnicas[21] -, a dialética e a lógica. No direito, a retórica, a dialética e a lógica são temas recorrentes, especialmente no que se refere à argumentação jurídica.

O próprio ramo de estudo da teoria da argumentação jurídica surge a partir de uma revolução na estrutura discursiva das decisões judiciais, que priorizavam tão

formulations, which are created objects in the third order, brought into being by legislation (including judicial fiat) and thereafter imbued with a reality independent of the intentions and choices of their maker(s) - a reality which thus creates a problem for interpretation distinct from the problem of interpreting those intentions and choices as acts."

[20]PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50.

[21]É o caso das classificações de Mortimer Adler, de John Finnis e de François Stirn.

somente os aspectos lógicos formais para a apreciação dos raciocínios jurídicos[22].

Em meados dos anos 1950, surgem teóricos que rechaçam a primazia desses aspectos formais e consideram elementos de outros métodos. Pode-se considerar que esses pensadores investigavam a natureza do discurso propriamente jurídico.

Nesse contexto, destacam-se a tópica de Viehweg e a “nova retórica” de Chaïm Perelman, ambas com forte influência aristotélica. O posicionamento de Perelman no sentido de que a lógica jurídica não faz parte da lógica “formal reforça” o panorama da reação desses autores frente à tradição analítica do positivismo[23].

Perelman esclarece a posição do positivismo que, baseado na filosofia de Hume, igualava o direito a um raciocínio lógico e não concebia a possibilidade de se derivar um juízo de valor a partir de um juízo de fato[24]. O autor afirma que essa corrente reduzia a racionalidade aos raciocínios lógicos, ignorando a existência de raciocínios de outra natureza[25].

No entanto, um risco que se apresenta para a disciplina da argumentação jurídica é o de, distanciando-se da redução formal, incorrer em uma nova negação de alguma característica relevante no discurso jurídico. Manuel Atienza chega a se referir inclusive a um possível excesso dessa percepção da insuficiência do discurso puramente lógico[26].

Neil MacCormick também alude às “constantes negativas por parte de eruditos quanto à possibilidade de o direito conceder espaço ao raciocínio dedutivo, ou até mesmo à lógica”, de quais discorda quando procura analisar os limites do espaço desse tipo de raciocínio no direito[27].

Com efeito, o retorno à consideração do discurso quanto às suas características mais básicas, permite notá-lo como ferramenta essencialmente humana, advinda de uma potência da linguagem que relaciona o pensamento e a realidade.

---

[22]ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 45.
[23]PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. de Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 8.
[24]Consequência da denominada Lei de Hume.
[25] Op. cit., 2004. p. 135.
[26] Op. cit., p. 211.
[27]MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. IX (Preâmbulo).

Para Olavo de Carvalho, as espécies discursivas têm origem na mesma potência humana, que se atualiza de modos diferentes[28], de acordo com cada uma das quatro maneiras de influenciar outrem: a possibilidade, a verossimilhança, a probabilidade razoável ou a certeza. Essas espécies se diferenciam por níveis de credibilidade, que apresentam maiores ou menores graus de certeza, e têm exigibilidades diversas a partir da finalidade de seu uso.

O autor denomina essa percepção de "teoria dos quatro discursos". Para ele, Aristóteles foi hábil ao diferenciar, a partir dos graus de certeza atribuídos a cada nível de confiabilidade, as espécies que constituem o panorama discursivo: poética, retórica, dialética e lógica[29]. Desses tipos discursivos, cada um é estudado por ciência própria, mas todos remetem ao âmbito de conhecimento mais geral e mais abstrato que apresenta como objeto o próprio discurso.

O discurso poético procura gerar uma impressão ou uma emoção e descarta o rigor necessário para apresentar exatidão sobre a realidade. É o mais abstrato dos discursos, utiliza-se principalmente das sensações e da imaginação e trata sobre o que é possível ou acreditável.

A persuasão e o convencimento são os objetivos do discurso retórico, que apresenta maior nível de credibilidade se comparado com o poético, pois almeja mover a vontade de outrem em uma direção e para isso apresenta crenças comuns, verossímeis, a fim de forjar uma crença firme. Entretanto, não busca precisão sobre a matéria discutida e pode gerar conclusões falsas, ainda que convincentes.

Já o discurso dialético apresenta como finalidade provar as informações obtidas, utiliza-se de rigor racional para encontrar verdades e erros nas proposições e medir a probabilidade dos enunciados. É um discurso crítico sobre os retóricos, e visa encontrar a pertinência de seus fundamentos. Não se encerra na persuasão de seu público, mas averigua as razões dos diversos discursos e os confronta com objeções ao encontro de verdades.

O discurso lógico não busca o verdadeiro; apenas pressupõe dados como reais e analisa se as premissas estão encadeadas para demonstrar a veracidade das conclusões. É o mais exato dos discursos, mas não encontra necessariamente a realidade, somente a estrutura lógica das teses, que pode ser "certa", mas mentirosa,

---

[28]CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**. 2. ed. São Paulo: Vide Editorial, 2013. p. 27.
[29]Ibid., p. 38-40.

se as premissas forem falsas. A lógica aristotélica é apenas meio de verificação de possíveis contradições nos fundamentos dos conhecimentos já adquiridos[30].

Apesar de costumeiramente aplicados de maneira análoga na ciência, os discursos dialético e lógico apresentam diferenças basilares. Este percebe a estrutura formal e analítica de um objeto para considerá-la correta ou incorreta a depender da contrariedade de suas premissas. Aquele analisa uma matéria para considerá-la verdadeira ou falsa a partir de sua adequação à realidade.

Como existem quatro tipos de discurso, que provêm de quatro finalidades comunicativas, pode-se afirmar que cada um está associado a um determinado nível de credibilidade[31]. Assim, define-se que a credibilidade própria do tipo Poético é a da possibilidade; do Retórico, a da verossimilhança; do Dialético, a da probabilidade razoável; e do Lógico, a da certeza apodítica.

Não há exclusividade de um tipo de discurso na racionalidade jurídica. Todavia, pela necessidade de se impor uma deliberação devidamente fundamentada em meio a opiniões diversas acerca da realidade - a dos litigantes-, haverá necessidade de preponderância de alguns tipos em relação a outros em um discurso propriamente jurídico.

Isto porque, na decisão coercitiva acerca do mais justo, entre apreciações conflitantes, exige-se comparação de ideias acerca da realidade a ser examinada. Logo, a dimensão dialética se impõe. A confrontação argumentativa serve para a depuração necessária à sedimentação do *decisum*. Por outro lado, a lógica dessa argumentação avaliza a fundamentação que teria dado suporte ao julgamento.

A retórica e a poética, constantes da narrativa - primeiro das partes e advogados, depois dos auxiliares da Justiça e do magistrado -, por sua vez, facilitam a compreensão dos argumentos e a percepção do quadro fático, ao transmitirem uma experiência estética ou sensorial que gera no ouvinte a impressão ou convencimento de veracidade. No entanto, essa impressão pode ser mais facilmente manipulada, e inclusive estar em descompasso com o fato examinado.

Nesse contexto, há maior confiabilidade em um juízo de direito no qual prepondera a dialética e se averigua a correção lógica dos argumentos. Diante da exigência de maior grau de credibilidade e segurança nas decisões, sobretudo nos

---

[30] Ibidem.p. 36.

[31]VAUX, Carra de. **Avicenne**. Paris: Félix Alcan, 1900. 161 p.

Tribunais Superiores, é de se esperar que nos discursos dos magistrados predominem as duas dimensões supracitadas, sem anular a conveniência da retórica e da poética.

Diferentemente, uma vez ausente o dever de assentar um juízo acerca de uma dada realidade jurídica conflituosa e real - a demandar uma solução justa -, no discurso político, em face da abertura para múltiplas e variáveis propostas de realização, a retórica e a poética desempenham diferente papel, porque opera no mundo de mais amplas possibilidades, com uma racionalidade diferente da jurídica.

3 Racionalidade jurídica nas decisões judiciais

Sob a perspectiva da proeminência dos aspectos dialético e lógico do discurso jurídico, tem-se que o tema da racionalidade constitui-se como conceito basilar para o entendimento das questões que lhe dizem respeito. É que a expressividade do Direito gira em torno da concepção de justiça, de modo que este valor funciona como baliza necessária para uma correta interpretação e consequente aplicação dos conceitos jurídicos.

O fenômeno jurídico, portanto, funciona como mecanismo para satisfação daquilo que é devido – justo –, de modo que afastar-se dessa concepção implica no distanciamento do que se deve compreender por direito. A racionalidade, nesse sentido, impõe-se como característica que permite ao ser humano empreender sua atividade intelectiva para o reconhecimento do que pertence a cada um como aquilo que é justo, de modo que esse processo racional orienta-se para a decodificação do próprio Direito.

Nesse contexto, Javier Hervada identifica o "direito" como o "justo" e como o "seu", segundo a concepção de justiça como a virtude de dar a cada um o que é seu[32]. O discurso jurídico, outrossim, pauta-se pela compreensão do que é devido, como um exercício prático de resolver litígios e estabelecer matizes evidentes de regulação social para facilitar as relações interpessoais.

Veja-se que definir o que é justo, portanto, consiste em um empreendimento propriamente jurídico, o qual ocorre rotineiramente, mesmo entre os não-juristas. Ora, reclamar para si o pertencimento de um objeto ou o reconhecimento de alguma situação, apresentando, para tanto, as razões que lhe fundamentam constitui-se como

[32] Op. cit., 2006. p. 22.

atividade ínsita ao conceito de direito, por cuidar-se precisamente de reivindicação do justo em um caso concreto.

Todavia, ocorre que o jurista é o profissional que tem formação específica para lidar com os conceitos jurídicos. Embora o não-jurista seja capaz de reclamar algo sob a ótica da justiça, importa esclarecer que é aquele que detém conhecimento técnico para fazê-lo. Assim como o leigo pode ser capaz de se autodiagnosticar em matéria de saúde, é certo que o médico o fará em outro grau, técnico ou científico, uma vez que se submeteu a uma preparação especializada para tanto. O raciocínio é o mesmo para aquele que se ocupa do direito por ofício.

O jurista, portanto, trabalha com uma parte específica da racionalidade humana, qual seja, a jurídica. É este profissional que, por conhecer o discurso jurídico, é capaz de sustentar algo como justo em um grau técnico, especializado. Ocorre que essa atividade de "dizer o direito" pode ser vista sob diversos aspectos.

A título de exemplo, o advogado que, em seu mister, em suas petições ou em suas sustentações em tribunais, argumenta que tal postulação deve ser provida, está a "dizer o direito" que há de ser levado a cabo segundo seu entendimento. O jurista acadêmico que, ao publicar suas pesquisas, refuta ou comprova as hipóteses investigadas está "dizendo o direito" como resultado de sua perscrutação. O delegado de polícia que autua um indivíduo em flagrante delito ou indicia o suspeito ao final do inquérito policial está "dizendo o direito" cabível nesses casos.

A variedade de exemplos possíveis está diretamente relacionada ao amplíssimo leque de profissões jurídicas existentes, de modo que as supraenunciadas já permitem apontar para o propósito deste trabalho. Nota-se que o discurso, no direito, consiste na apresentação de razões para a resolução de um determinado conflito, seja qual for sua natureza, desde que pautada e orientada para a justiça. É esse atributo – a justiça – que caracteriza um discurso como jurídico, enquadrando-se tecnicamente se realizado por juristas.

Ocorre que o discurso jurídico pugna por uma deliberação definitiva, afinal, visa precisamente à satisfação do justo, sob pena de se tornar uma argumentação sem propósitos relacionados ao direito. É nesse contexto que se impõe a necessidade de uma resolução de forma institucional e inexorável, exsurgindo, portanto, o papel dos juízes. É que o Judiciário, segundo a estrutura clássica da tripartição de poderes, está

incumbido de “dizer o direito”, com autoridade pública, para pôr fim aos litígios que lhes são levados, visando a estabilizar as relações sociais.

Ao defender a aplicação do falibilismo para a instância judicial, Hugo de Brito Machado Segundo sustenta que essa autoridade dos magistrados para dar a “palavra final” sobre os litígios se dá por razões práticas, por “ser necessário dar a certos problemas concretos uma resposta”[33].

Sendo assim, a via jurisdicional configura-se como um mecanismo estatal de definição do justo, uma vez que – valendo-se dos termos referidos – “diz o direito” de forma cabal, ou seja, “dá a palavra final” em relação ao que é devido nas demandas que lhes são apresentadas. Dessarte, resta evidente o papel deveras relevante das decisões judiciais na temática do discurso jurídico.

Isso porque a decisão judicial é trabalhada a partir de dois fatores potenciais, já mencionados, os quais precisam estar em harmonia para que haja coerência entre a busca teórica pelo justo e a deliberação casuística propriamente dita. São eles: a autoridade para definir e a deliberação sob um viés jurídico. Valer-se do caráter institucional para decidir sem a pretensão do justo seria incorrer em uma incongruência típica do ativismo judicial ora estudado.

Conforme aduz Ives Gandra da Silva Martins, ao tratar da aplicação oficial das normas pelo Judiciário, “muitas vezes, a interpretação que termina por prevalecer não é a melhor, mas a segurança e a certeza jurídica pacificam a divergência, determinando qual é a interpretação final, ou seja, como deve aquela norma ser interpretada”[34].

Neste ponto, não se está a discutir a possibilidade de mais de uma interpretação, o que ensejaria múltiplos resultados. A decisão judicial não tem um único desfecho possível, tido como certo e qualquer outro como errado. Tal concepção seria possível apenas em uma visão estritamente matemática do Direito, em que bastasse ser reconhecida uma aparente lógica formal para dispensar demais tipos de raciocínio. Como se vê, o discurso lógico ocupa lugar de destaque na argumentação jurídica, precisamente em razão da segurança que lhe é própria e necessária no Direito, entretanto não obsta a aplicabilidade de outras formas de discurso nesse âmbito.

---

[33]MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 73.

[34]MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 122

A concepção de justiça funciona como um norte inafastável para o magistrado, não como ponto singular a ser alcançado, o qual derrogaria outras conclusões. Não fosse assim, a decisão judicial se reduziria ao seu dispositivo, o qual consistiria em um simples e breve silogismo para a determinação do provimento pleiteado. A fundamentação da decisão se impõe precisamente em virtude de ser necessário expor o itinerário argumentativo que levou o magistrado àquela conclusão, ou seja, a manifestar as razões que lhe propiciaram, naquele caso concreto, a definir o justo, a "dizer o direito".

Nessa conjuntura, a racionalidade firma-se como peça fundamental para a construção do discurso jurídico. Um dispositivo de sentença, ainda que pudesse ser considerado "bom" ou "correto" quando analisado em relação aos pedidos formulados, deve estar em consonância com a própria fundamentação da decisão, e esta, por sua vez, em consonância com a práxis judiciária em face do pedido respectivo, sob pena de violação à estrutura esperada de uma deliberação jurídica, porquanto racional. É que o dispositivo, ainda que claro em seus preceitos, não basta por si só, uma vez que a decisão judicial há de ser vista como uma unidade sistêmica, em que tal tópico final apenas esclarece e sintetiza a construção racional explanada nos fundamentos e legitimada segundo as devidas competências de juízo *ad hoc*.

O requisito da justiça para ser atendido em uma argumentação presente na decisão judicial há de atender a este aspecto formal-estrutural em que o dispositivo e a fundamentação guardam entre si uma conexão não apenas lógica, mas dialética. Nada obsta que os discursos poético e retórico permeiem uma sentença, porém é de se notar que a predominância daqueles outros vieses corroboram o seu caráter racional, demonstrando o roteiro realizado pelo magistrado para a definição do que se considera justo.

Com efeito, o conceito de justiça ora trabalhado não é tido como algo genérico, subjetivo ou meramente teórico. No entendimento de Robert Alexy, o direito possui dupla natureza, ínsita a seu conceito: uma, ideal-crítica; outra, real-institucional. É na primeira que o jurista alemão enxerga a conexão com a justiça, denominando-a como a necessária pretensão de correção material do direito. Nessa compreensão, Alexy coloca a racionalidade como resposta à objeção de relatividade de juízos morais no âmbito do discurso jurídico, defendendo que "as condições de racionalidade discursiva

podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras de formas do discurso prático geral"[35].

Reforçando a ideia de que a justiça presente no discurso jurídico não se trata de mero subjetivismo, ou de um estado qualquer da consciência, Radbruch defende que, para o direito, interessa o sentido objetivo de justiça, definindo que "o direito não é afinal senão a realidade que tem o sentido de se achar ao serviço da justiça"[36].

Percebe-se que a racionalidade do fenômeno jurídico, especificamente no discurso, está atrelada à própria concepção de justiça. Não se ignora que tal relação com o direito se situa em diversos embates doutrinários e filosóficos a seu respeito, porém, explicitadas acima tais premissas, compreende-se que a busca pelo justo, a partir especialmente da práxis jurídica da via judicial, ocorre por um processo racional, explícito na fundamentação da sentença ou voto.

Tratando da aplicabilidade do direito e da justificação das decisões judiciais, Adrian Sgarbi expõe que o magistrado que decide sem justificar atua de forma arbitrária, uma vez que o faz, institucionalmente, ofendendo o Estado de Direito, "pois sua base é a exigência de se verem explicitadas as razões que levaram o órgão julgador a eleger uma solução, e a arbitrariedade está excluída como opção legítima"[37].

Vê-se que a legitimidade das decisões judiciais, no contexto do Estado Democrático de Direito, está diretamente relacionada à fundamentação racional que culmina no dispositivo, de forma que o discurso utilizado evidencia se o percurso realizado ocorreu de forma arbitrária ou não. A definição do justo pelo magistrado será legítima se as razões apresentadas harmonizam a argumentação com os materiais jurídicos utilizados, não de qualquer forma, mas, pautando-se pela necessária compreensão de justiça, respalda-se em métodos dialético e lógico, sem prejuízo da serventia de argumentos retóricos ou poéticos, desde que não determinantes.

Valendo-se de uma analogia entre avaliação racional e prática judicial, Toulmin aduz que "os argumentos não apenas precisam ter uma forma específica, mas também precisam ser descritos e apresentados numa sequência de passos que obedecem determinadas regras básicas de procedimento"[38]. Tais "formalidades", tidas como requisitos da argumentação, em sua concepção, correspondem ao que, aqui, se expõe

---

[35]ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 308.
[36]RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Sucessor, 1979. p. 91.
[37]SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 631.
[38]TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 62.

como a necessária racionalidade da decisão judicial, que se manifesta pela coerência do dispositivo com a fundamentação, voltando-se para a definição do justo.

A racionalidade jurídica não consiste em conceito exclusivo das decisões judiciais, mas de todo o direito, mormente quando entendida como requisito necessário para a obtenção do justo. Ocorre que na sentença ou voto do magistrado resta patente que o discurso racional é imprescindível para a solução de litígios, corroborando o caráter prático, não apenas teórico ou especulativo, da justiça como componente do direito.

Por esse motivo, Javier Hervada aduz que "a regra jurídica, em último caso, é uma regra prudencial. E sua racionalidade é a racionalidade prática ou prudencial"[39]. A racionalidade, portanto, aponta para outra virtude – além da justiça – que ocupa função primordial no âmbito jurídico, qual seja, a prudência.

Não se pretende dizer que invocar a racionalidade, por si só, seja capaz de resolver qualquer conflito jurídico, como um conceito taxativo da resposta a ser dada. É certo que há vários casos em que a solução não é fruto de operações silogísticas ou evidentemente possíveis. Isso porque, frise-se, a lógica não é suficiente para o direito, sobretudo devido ao seu caráter prático e complexo, voltado para a atividade humana e suas implicações organizacionais e estruturais.

Em verdade, trabalha-se com a ideia de que o discurso jurídico, mormente no contexto de uma decisão judicial, não se traduz como um vago e discricionário recurso por parte do julgador. A decisão judicial não se configura como uma sentença matemática, em que há um resultado certo em detrimento de quaisquer variáveis. Também não consiste em alvedrio por parte de quem tem o poder de fazê-lo, ainda que utilize as ferramentas idôneas. A decisão do magistrado há de decorrer de uma construção racional, ainda que outras possibilidades possam ser reivindicadas.

Nos dizeres de Neil MacCormick, "a razão pode não determinar, mas sem dúvidas impõe limites rigorosos aos sistemas de normas que todos podemos ter em conjunto"[40]. Nesse sentido, a racionalidade prática funciona também como um alerta aos juízes de que sua atividade criativa, em uma decisão judicial, pode ser ampla, mas não é ilimitada.

---

[39] HERVADA, Javier.**Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 248.
[40] Op. cit., p. 348.

De rigor, a argumentação presente numa decisão judicial pode ser elaborada sob estruturas argumentativas de caráter poético, retórico, dialético e lógico, sem que isso prejudique sua legitimidade. Porém, os últimos são os mais adequados para a construção do discurso jurídico, com sua consequente manifestação de coerência entre dispositivo e fundamentação, evidenciando a racionalidade prática que enseja o resultado.

4 Análise do voto do ministro Barroso no (HC) 124.306 sob a ótica dos quatro discursos

A análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso permite notar que sobrepõem-se os discursos poético e retórico em detrimento do tipos dialético e lógico. Isso se evidencia em diversos pontos de sua exposição.

O trabalho minucioso empreendido por estes pesquisadores com a finalidade de apresentar a prevalência da tônica política sobre a dimensão jurídica, configurando-se, portanto, ativismo judicial por desvio de competência, gerou cerca de 20 laudas de apontamentos críticos. Em razão do espaço diminuto deste artigo e da função meramente exemplificativa deste exercício, optou-se por se enunciar apenas alguns dos trechos onde se identifica de modo preclaro a fuga da racionalidade jurídica própria do poder jurisdicional.

Nota-se, ao longo do voto-vista, que há uma dialética apenas aparente. No conjunto dos argumentos não prevalece a postura de quem busca a objetividade: não há o razoável equilíbrio de opiniões conflitantes e nem mesmo a isenção de quem pretendesse selecionar argumentos do pensamento divergente para manter-se na imparcialidade necessária a um julgador.

Quanto à lógica, o texto traz incongruências. Falta correspondência de conceitos às realidades tratadas em diversos trechos. Há falha em juízos de atribuição, pertinência, comparação, continência e distinção, além de silogismos falhos.

Algumas dessas debilidades podem passar despercebidas pelo artifício retórico que predomina no texto. A retórica, vale recordar, pretende, antes de tudo, persuadir. Esta é sem dúvida a pretensão do discurso político, no que se assemelha ao de um advogado na defesa de uma ideia ou uma tese mais favorável ao seu cliente. De um Ministro do Supremo Tribunal Federal espera-se maior observância dos cânones de

julgamento mais adequados à posição institucional do cargo de juiz máximo. Todavia não é o que se observa no caso sob exame.

Enumeram-se algumas das observações realizadas durante a análise do voto:

4.1 Atuação exorbitante quanto à função jurisdicional do Estado

O voto do Ministro cria, enigmaticamente, um tipo de exceção ao crime previsto no Código Penal, qual seja a situação de desconsiderar como delito a conduta ocorrida no primeiro trimestre de gravidez. Em outras palavras, o Ministro Barroso intervém direta e indevidamente na política criminal estatal, no sentido de descriminalizar um fato típico, assim estabelecido no âmbito do Poder Legislativo.

Legislar sobre Direito Penal é competência privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I da Constituição, que o faz por meio do Congresso Nacional. A descriminalização pretendida pelo ministro Barroso fere a separação de poderes na medida em que exclui, pela via jurisdicional, um bem jurídico protegido pela norma penal.

Sob a alegação de "conferir interpretação conforme à Constituição", o que o ministro faz, efetivamente, é legislar em matéria penal, uma vez que cria uma situação excepcional quanto ao âmbito de incidência da norma, desviando, assim, sua atividade judicante para imiscuir-se na legiferante. Isso porque a interpretação conforme à Constituição é método hermenêutico voltado sobretudo a preservar a legislação no que lhe for constitucional, ou seja, trata-se da prerrogativa conferida ao juiz de manter a lei vigente em aspectos legítimos, firmando-se a interpretação que atende aos ditames da unidade da ordem jurídica.

Ademais, trata-se de método hermenêutico utilizado precipuamente em situações de textos legais ambíguos, de modo que se impõe a determinação de um sentido legítimo para a preservação da conformidade da legislação ordinária à Constituição. Veja-se que não é o caso da situação ora apreciada, visto que as normas previstas nos arts. 124 a 126 do Código Penal são unívocas, dotadas de um sentido cristalino. Assim, não há que se invocar o método da "intepretação conforme" para se atribuir uma exegese compatível, uma vez que, tendo este caráter único, não há que se falar em buscar, dentre os possíveis, um sentido que se adeque ao parâmetro constitucional.

Prevendo justamente o mal uso do método da interpretação conforme à Constituição, Paulo Bonavides preceitua que "sem embargo do raio de flexibilidade proporcionado ao intérprete, não deve tomar nunca uma extensão que consinta a interpretação *contra legem*. Não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador"[41]. Cuida-se exatamente da proposição feita pelo Ministro Barroso em seu voto, na medida em que utiliza impropriamente tal método hermenêutico para descriminalizar uma conduta, colocando-se como legislador para criar uma exceção ao tipo penal.

Como não bastasse a errônea utilização da "interpretação conforme", visto que em tais textos não há sentidos diversos a ensejar busca por uma exegese mais adequada, o ministro invoca essa ferramenta hermenêutica sem qualquer conformidade com a própria Constituição, visto que não há qualquer previsão ou mesmo indício constitucional que ampare a sua posição de que o aborto não seria crime se ocorrido nos primeiros três meses da gestação.

Instaurando uma demanda que não estava em discussão e criando parâmetros sem conformidade com a própria Constituição, o ministro levanta uma discussão que diz bastante com sua atuação como advogado antes de chegar à Suprema Corte. Nessa situação, enquanto patrono, defendia o aborto; agora, como ministro, chama a atenção o fato de trazer à baila uma perspectiva de reinterpretação do tipo penal, sem qualquer fundamento constitucional.

Incorre, propositadamente, nessa confusão de papéis. Termina por fazer-se autor de uma tese que, paradoxalmente, ele mesmo julgará enquanto magistrado. Naturalmente, não encontrará oposição de quem lhe poderia contrapor. Assim expressa a tese no título III de seu voto: "Inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre". Parece utilizar-se de uma matéria de interesse e agenda pessoal, que não caberia no caso e que, de rigor, deveria ser objeto de avaliação do Parlamento.

4.2 Uso de palavras com efeito retórico para encobrir a realidade

No ponto 12, há a afirmação de que o feto é uma "vida em potencial". De rigor, pela ciência médica, inquestionável é o fato de já ser vida "atual". Exatamente por essa

---

[41] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 523

condição de "vida atual" é que se instaura a polêmica acerca do aborto. Não fosse isso, não haveria conflito. Dessa forma, há no relatório do voto um efeito retórico e imagético que busca fazer parecer à audiência que a vida somente existiria de fato a partir do nascimento da pessoa, como se variasse sua "quantidade" de vida e, logo, sua condição humana, de acordo com seu estágio de desenvolvimento.

O efeito consiste em eufemismo na referência à vida do nascituro nos três primeiros meses da gestação, como se houvesse uma escala de vida progressiva à medida do crescimento da pessoa.

Entretanto, essa alegação desconsidera que a existência de vida do nascituro não varia de acordo com o tempo de crescimento, ainda que seja fácil à retórica a persuasão por meio da imagem de que somente quando crescido o nascituro é que realmente vive. Entretanto, uma vez presente a vida, tal se perpetua até a morte.

Essa desconsideração pode passar despercebida, mas está presente no ponto 45, em que se afirma que o direito à vida varia de acordo com o estágio de desenvolvimento do nascituro. Aplica um critério cronológico a uma vida que, mesmo do ponto de vista médico, já era atual e real, como apresentado no parágrafo anterior.

Ao mesmo tempo, no ponto 13, estabelece-se um falso contraste entre a situação do "embrião" (que nunca foi objeto da ação) com a do nascido, furtando-se de mencionar o conceito de "nascituro", vítima principal do aborto: a clínica de abortamento no Rio de Janeiro não eliminava embriões, mas nascituros. Assim, o Ministro tenta induzir o auditório a não pensar no humano não nascido, para fazê-lo se fixar na impressão sobre um ser aparentemente disforme como o embrião, estágio da vida humana que antecede à própria gravidez: a partir da fixação do embrião no útero materno não cabe mais denominá-lo como "embrião", senão como feto ou nascituro. Há igual comportamento nos pontos 22, 23 e 30.

4.3 Omissão proposital de dispositivos da Constituição e da legislação específica que contrariam a tese aventada pelo magistrado

A ausência do discurso dialético, ou a "falsa dialética" é notada ainda pelo fato de o Ministro Barroso, exímio conhecedor das leis, em momento algum mencionar dispositivos da Constituição Federal que poderiam tirar força de sua pretensão.

O Ministro silencia quanto ao artigo 226 da Constituição, e parágrafos, que coíbem a violência dentro do lar e estabelecem o planejamento familiar e a paternidade responsável. Por derradeiro, desconsidera o artigo 227 da Constituição Federal, que trata criança e adolescente como prioridades absolutas. O mesmo com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança a pessoa desde a concepção até doze anos de idade e, por isso, determina o cuidado da gestante em seus artigos 7º e 8º, que buscam favorecer o desenvolvimento do feto durante a gravidez, de maneira saudável e digna, desde a concepção.

O art. 2º do Código Civil também garante, expressamente, os direitos do nascituro, considerado desde a concepção, sem qualquer diferenciação sobre o estágio da gravidez. Também o art. 4º do ECA afirma como "dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida". Mas nenhum desses comandos legais é considerado pelo Ministro, sendo elementos configuradores da percepção presente no ordenamento brasileiro quanto à condição humana do nascituro desde a concepção, razão que lhe confere o *status* de sujeito de direito a quem se deve garantir, logo, os direitos fundamentais.

4.4 Ausência de contraposição dialética e de proporcionalidade

É natural à dialética o confronto de teses opostas. No entanto, essa característica não é observada no voto discutido, seja na apresentação de opiniões e argumentos unívocos sobre a matéria, seja na consideração dos direitos de apenas um dos sujeitos envolvidos na relação gestacional.

Percebe-se que ao fim do ponto 13, há citação de diversos autores como referência bibliográfica. Entretanto, todos eles são favoráveis ao abortamento. Diante da carência de fundamentação oposta, de rigor, não se cumpre a dialética. Naturalmente, como essa discussão sequer havia sido suscitada pelos impetrantes, não houve argumentação sobre o tema por parte das partes e atores que se pronunciaram no processo em oposição ao entendimento do Ministro Barroso. O voto do ministro surge sem qualquer contraponto, a modo de uma tese sem adversário. Evidencia-se no caso uma estratégia de uso do espaço do STF para implementação de uma agenda pessoal.

O mesmo ocorre no ponto 15 do voto, em que surge um argumento filosófico para dar sustentação à defesa de que "toda pessoa" merece tutela de seus direitos fundamentais, sem a contraposição aos *deveres* de "toda pessoa" frente aos direitos da outras.

São suas as palavras: "toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia". Ao que parece, considera que os interesses de mulheres grávidas interessadas no aborto estariam sob o amparo da dignidade humana. Mas ao mesmo tempo nega, por omissão, a dignidade, a vulnerabilidade e a situação de tutela prioritária do nascituro, por força do art. 2 do Código Civil combinado com o art. 4 do ECA e o 227 da Constituição. Estes, mesmo sendo pessoas humanas, "não teriam valor intrínseco e autonomia", para usar as palavras do Ministro. Essa estratégia encobre uma falha de silogismo: a frase é usada de modo retórico, ao excluir do termo "toda pessoa" o nascituro com menos e três meses de vida.

Esse comportamento de *chiaroscuro*, em que se concentra nos direitos de uma parte enquanto se obscurece seus deveres e os direitos de outrem, é reiterado na decisão. No ponto 16, por exemplo, o ministro Barroso afirma os direitos fundamentais somente com relação à mulher. Jamais menciona os direitos fundamentais da criança, que é também tutelada pelo ECA, sendo pessoa até 12 anos de idade, segundo o art. 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o cuidado da mulher grávida em razão do feto. Ainda que o Ministro discorde do que tais normas afirmam, não deve omiti-las em sede de discussão do direito à vida no ordenamento brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o art. 227 da Constituição Federal, menciona expressamente os direitos fundamentais da criança, a começar pelo direito à vida. O mesmo tratamento jurídico é concedido pelo Pacto de São José da Costa Rica, norma internacional de Direitos Humanos, vigente no Brasil. Também o Código Civil determina que a lei ponha a salvo os direitos do nascituro.

O ministro afirma ainda, mas somente para um lado do conflito, que "característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º)".

No ponto 18, então, anuncia que mesmo os direitos fundamentais restariam sujeitos "a limites imanentes e a restrições expressas". Por isso, poderia, "eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais". Não considera, por exemplo, o que seria lógico pela afirmação acima, que mesmo as pretensões de uma mulher grávida - que trata como direitos - estariam também sujeitas a limites, pela mesma lógica. E não menciona o direito à vida do nascituro como sendo um importante concorrente com aquela pretensão.

O Ministro propõe-se, então, a avaliar o aborto pelo teste do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade, sem que isso se consume de modo adequado, uma vez que não pondera a desproporção entre a vida de uma pessoa, que seria vítima do ato de abortamento, e o desejo ou pretensão de outra com relação ao seu desaparecimento, cuja vida não é ameaçada pela outra, mantendo-se esta no plano da existência. Sob aparência de isenção, efetivamente há uma parcialidade seletiva. Novamente a dialética ou o conflito de direitos é adulterado.

Na ponderação sobre a autonomia da mulher, diz: "A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III)". Pouco antes dessa declaração o Ministro afirmara que não havia direito fundamental absoluto. E que todos poderiam sofrer restrições e limitações. Por que, neste caso, seria a "autonomia da mulher" um "direito absoluto"? Inclusive: este direito, se aqui sofrer alguma restrição em razão da gravidez, logo, pela sua elasticidade, e dada a temporalidade da gestação, voltará a ser pleno para a mulher que, quando der à luz, ainda poderá rejeitar o ser gestado, entregando-o para adoção; já a vida do nascituro, uma vez retirada, não há como se devolver. Por isso, de rigor, não há proporcionalidade entre a garantia da máxima autonomia da mulher grávida, circunstancialmente restrita, e a vida do ser humano em gestação que, uma vez destruída, desaparece para sempre, assim como sua respectiva autonomia.

Também afirma que "quando se trata de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez" (ponto 25). O Ministro omite que na gravidez há um terceiro implicado e, no mínimo, deveria se referir à colisão de "direitos". Com relação a esse argumento, serve uma analogia para trazer uma percepção que o Ministro parece querer encobrir.

Seguindo a lógica elaborada pelo ministro, desapareceria do Direito Civil a servidão de passagem, uma garantia necessária para a vida de quem necessite passar por bem alheio para ter acesso a bens da vida que lhe pertencem como direito próprio. A servidão de passagem se instala sobre um imóvel de alguém e lhe impõe a tolerância para com terceiros que necessitem transitar ali, como único acesso possível, de acordo com a razoabilidade, para alcançar um bem da vida a que tem direito, como a água de um rio ou simples acesso à sua moradia. O imóvel que serve de passagem não perde sua categoria por isso e nem a condição de propriedade. Apenas entra em operação uma situação da vida em sociedade: a tolerância necessária para possibilitar o viver e o conviver social. Se um dia se cria um outro acesso a tais bens, cessa a servidão.

O corpo da mulher mantém sua dignidade e sua autonomia. Mas é recurso inexorável para a manutenção da vida humana de outra pessoa durante um período: a passagem da condição de nascituro para a de nascido. Neste caso, o nascituro tem necessidade do corpo da mulher gestante como meio ambiente necessário para sua sobrevivência por alguns meses. E se trata de uma necessidade muito maior que a moradia ou o acesso à água que podem ainda ser contornados por outras possibilidades. Assim, o discurso do Ministro, na linha da retórica, busca adesão de um público sensibilizado com o a luta pela igualdade de gênero e com a causa do feminismo. E ele silencia, por um instante, o fato de que a gravidez é uma necessidade social, que impõe à mulher uma dada tolerância especial, em prol do direito à vida do humano que traz em si. A retórica do Ministro, quando ali argumenta pela plena liberdade da mulher de decidir quanto à interrupção da gravidez revela-se falsa ou falha quando ele afirma no mesmo voto que, após três meses de gestação, então, a mulher perderá o “poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez” (ponto 25).

Ainda aduz que “nem o Estado e a sociedade” têm o direito de interferir na família. Mas a própria Constituição determina que se deve interferir na família para proteger as vítimas da violência no âmbito “privado”. A Constituição, da qual o Ministro é guardião, afirma categoricamente, no art. 226, § 8º, que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Não se trata de pôr um “útero a serviço da sociedade”, como se a autonomia da mulher fosse retirada, mas da afirmação do direito do nascituro, desprezado pelo

raciocínio exposto, sobretudo antes dos três meses de existência. Além disso, existem várias situações na vida em sociedade nas quais os cidadãos sofrem restrições em sua autonomia e seus direitos, para composição com outros direitos e interesses sociais: a imposição da lei seca para dirigir, as servidões de passagem, as restrições com relação ao rodízio de veículos em grandes metrópoles, a vedação de fumar em lugares públicos etc. A tolerância dessas situações compõe o solidarismo necessário à vida em sociedade. Quanto maior o valor do bem que se pretende proteger, proporcionalmente, maior será a tolerância exigida. E, por isso, há sanção prevista por sua inobservância. E a vida de uma pessoa é maior que uma situação de redução da autonomia de quem, circunstancialmente, deverá dar-lhe suporte com seu próprio corpo. E por isso a sociedade deve assistir especialmente a mulher gestante.

Mas isso não é apresentado como contraponto no voto do Ministro. Há uma redução proposital do campo de análise, mais afeito a um uso político do poder de império da Corte Suprema, do que o devido e primordial uso jurídico-judicial. Por isso incorre em ativismo. No Congresso Nacional, o discurso do Ministro estaria ajustado, na defesa de uma posição, uma opinião. No Supremo Tribunal Federal, é de se esperar uma argumentação tendencialmente mais imparcial, o que melhor se verificaria pela dialética substancial e pela lógica, bem como no momento mais oportuno para tal dialética o que, com certeza, não foi a intenção do Ministro Barroso, pelo conjunto dos argumentos e da situação, como se disse ao começo do artigo.

Conclusão

A existência de uma racionalidade tipicamente jurídica exige uma específica dinâmica das ferramentas de aplicação do direito. Na decisão judicial, que se utiliza de outras ciências para expressar seu conteúdo, requer-se que a forma e o método empregados na exposição da justificativa do raciocínio sejam coerentes e correspondam com o rigor exigido da atuação da autoridade jurisdicional.

O exame do discurso utilizado para a motivação da atividade do magistrado é realizada com técnicas de outras ciências, das quais se exige o conhecimento prévio para a reta análise de sua fundamentação.

Nesse cenário, a teoria dos quatro discursos aristotélicos pode auxiliar o investigador a perceber a postura predominante do juiz no exercício de sua função, comparando com a finalidade própria de seu cargo.

A confusão expressa sobre os meios de argumentação pode revelar a fuga da racionalidade que lhe seria devida e, portanto, a confusão sobre a finalidade do próprio papel da autoridade.

O direito e a política, embora próximos como ramos do conhecimento prático, não podem ter suas atuações aproximadas de maneira excessiva, sob pena de se utilizar meios ilícitos à função em questão.

Além disso, os liames subjetivos podem levar à busca de finalidades contrárias à atuação do julgador até mesmo nas instâncias mais altas do Judiciário, que muitas vezes são realizadas de maneira discreta e despercebida, sob uma má utilização da retórica, que serviria como máscara.

O exame sobre o voto investigado nesse trabalho revela a importância de se apurar discursivamente a argumentação apresentada pelos magistrados para a identificação da conformidade de seus atos com o que o meio social espera deles, assim como a importância de se atentar a esses conhecimentos lingüísticos nas deliberações.

Referências

ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para Todos**. Trad. de Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Vol. 2, 2. ed. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Trad. de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

ARISTÓTELES**. A política**. Trad. de: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**. 2. ed. São Paulo: Vide Editorial, 2013.

FINNIS, John. **Natural law & natural rights**.2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

______. On reason and authority in Law's Empire. **Law and philosophy**, [s.l.], v. 6, n. 3, p.357-380, dez. 1987. Springer Nature. http://dx.doi.org/10.1007/bf00142932.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. de: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2011.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

______. **O que é o direito?**: a moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

______. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Sucessor, 1979.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Júlia Meyer Fernandes. **A filosofia da justiça na obra de Marco Túlio Cícero.**2012. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia do Direito, Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6092/1/Julia Meyer Fernandes Tavares.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VAUX, Carra de. **Avicenne**. Paris: Félix Alcan, 1900.

11. EQUALIZAÇÃO PARCIAL DO CÔNJUGE AO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-11

Regina Beatriz Tavares da Silva[1]

Gabriel Rodríguez Legati[2]

Introdução

O presente artigo aborda os regimes sucessórios do casamento e da união estável, tal como estabelecidos pelo Código Civil de 2002 e como restaram configurados após a tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF), firmada no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG e esclarecida por meio de embargos. A partir de uma perspectiva dogmática do Direito brasileiro, este trabalho tecerá críticas sobre a tese da equiparação da união estável ao casamento na ordem de vocação hereditária, apontando o equívoco hermenêutico da interpretação de normas constitucionais ali exarado, bem como elencará as razões que sustentam a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, declarado inconstitucional no referido julgamento. Neste artigo também será demonstrada a liberdade testamentária que foi conservada pelo STF na união estável, que apenas considerou aplicável a essa relação a disposição legal da ordem de vocação hereditária do casamento, sem a inclusão dos companheiros no elenco dos herdeiros necessários.

---

[1] Pós-Doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Doutora em Direito e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia e de las Personas. Presidente Nacional e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Diretora de Relações Institucionais da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP (2018-2021). Sócia fundadora do escritório de advocacia Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Assistente acadêmico da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS).

1 A sucessão no casamento e na união estável antes e após as regras do Código Civil brasileiro de 2002

Depois de um caminho de gradual reconhecimento de direitos aos que mantinham relações familiares não fundadas no casamento, até então chamadas de concubinato, a Constituição de 1988 estabeleceu a proteção da união estável como entidade familiar[3]. O *caput* do art. 226 assentou que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, complementando em seu § 3º que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

É de pontuar, pela redação do artigo, que são duas realidades distintas: a família, entendida como objeto genérico de proteção do Estado, e as entidades familiares, entendidas como espécies, configuradas na família constituída pelo casamento e na família formada pela união estável.

Promulgada a norma constitucional, sua efetividade foi alvo de muitos debates, especialmente sobre a autoaplicabilidade do dispositivo.

No sentido da não atribuição de efeitos imediatos à norma constitucional, em termos sucessórios, decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que “antes da edição da Lei 8.971/94, o colateral do *de cujus* recebia a herança, na falta de descendente e de ascendente (art. 1.603 do Código Civil)”[4].

Ainda que de maneira não uniforme, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu em algumas decisões o direito sucessório à companheira após a promulgação do texto constitucional e antes da edição da Lei 8.971/94, que foi a primeira lei infraconstitucional a regular a herança na união estável. A título de exemplo, pode ser citada a decisão do Recurso Especial 74.467[5], precedida por voto do Ministro Eduardo Ribeiro no REsp 4.599[6].

Na conformidade da Lei 8.971/94 (art. 3º):

---

[3] V. MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil: direito de família. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 78-80; e próxima edição no prelo da Editora Almedina.

[4] STJ, REsp 79.511/GO, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28/02/1996. No mesmo sentido: STJ, REsp 205.517/SP, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 01/04/2003.

[5] “Não nega vigência ao artigo 1.603, III, do Código Civil o acórdão que considerou a companheira, comprovada a união estável por longo período, na ordem da vocação hereditária” (STJ, REsp 74.467/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20/05/1997.

[6] STJ, REsp 4599/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, j. 09/04/1991.

> Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
> I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos ou comuns;
> II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
> III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Os incisos I e II tratavam de usufruto assemelhado ao usufruto vidual que era estabelecido no casamento, enquanto o inciso III reconhecia a colocação do companheiro na terceira ordem da vocação hereditária, como era reconhecido ao cônjuge pelo Código Civil de 1916 (art. 1.829, III), em detrimento dos parentes colaterais.

Cerca de dois anos depois, a Lei 9.278/96 reconheceu, sem prejuízo da regulamentação da Lei 8.971/94, o direito real de habitação na união estável desfeita pela morte do companheiro[7].

Em análise da aparente antinomia das normas, a jurisprudência assentou que a concessão do direito real de habitação pela Lei 9.278/96 não prejudicava a proteção sucessória do companheiro estabelecida pela lei antecedente. Conforme acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes"[8].

Grosso modo, tais normas equiparavam a proteção sucessória do cônjuge e do companheiro, até conferindo certa vantagem ao companheiro, que podia cumular o usufruto com o direito real de habitação, o que era alternativa para o cônjuge sobrevivente, de acordo com o regime de bens adotado no casamento (Código Civil de 1916, art. 1.611, §§ 1º e 2º). Em ambas as situações, companheiro e cônjuge eram meeiros e poderiam receber bens em usufruto ou direito real de habitação, somente herdando na ausência de descendentes ou ascendentes.

O legislador no Código Civil de 2002, contudo, teve orientação distinta.

Estabeleceu o art. 1.790:

---

[7] Lei 9.278/96, Art. 7º, parágrafo único: "Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família".

[8] STJ, REsp 747.619/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/06/2005. No mesmo sentido: STJ, REsp 418.365/SP, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21/11/2002.

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
> III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
> IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Destarte, o companheiro supérstite passou a ter direitos sucessórios sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições: sobre a quota que equivalesse àquela que por lei fosse atribuída ao filho, se concorresse com filhos comuns; ou sobre a metade do que coubesse a cada um dos descendentes exclusivos do companheiro falecido, se concorresse apenas com eles; ou sobre um terço dos bens se concorresse com outros parentes sucessíveis do de cujus; ou sobre a totalidade da herança, na hipótese em que não houvesse parente sucessível[9].

Recorde-se que a configuração da união estável passou a ser possível no Código Civil de 2002 ainda que um ou ambos os conviventes sejam casados, exigindo a lei que estejam somente separados de fato e não só judicial (Código Civil, art. 1.723, § 1º) ou extrajudicialmente (Código de Processo Civil, art. 733).

Só há sentido para se deferir tutela sucessória ao companheiro se a união estável for atual[10].

No casamento somente herdará o cônjuge não separado judicialmente (ou extrajudicialmente) ou de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (Código Civil, art. 1.830).

Para efetivar o seu direito à sucessão, o companheiro não depende de título que comprove tal estado, podendo realizar sua habilitação no inventário do falecido desde que não se oponham os demais herdeiros. Note-se que até mesmo em caso de existência de escritura de união estável (Código Civil, art. 1.725)[11], se houver

---

[9] V. MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil: direito de família, *op. cit.*, p. 104.

[10] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. Curso de direito civil: direito das sucessões. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6, p. 119; e próxima edição no prelo da Editora Almedina.

[11] "É, além disso, inegável que a forma pública concede maior segurança à celebração da convenção." TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Artigo 1.725. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). Código Civil comentado. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.817.

impugnação dos outros herdeiros do falecido, é necessária a propositura de ação declaratória da sua existência.

Não há impedimentos para que o procedimento sucessório seja feito pela via extrajudicial, desde que seja consensual, que não haja testamento e tampouco herdeiros incapazes (Código de Processo Civil, art. 610, § 1º).

2 Razões para a diferenciação dos regimes sucessórios

Para melhor ilustrar a arquitetura do sistema jurídico no que se refere ao tema da proteção dada à família pelo Direito brasileiro, retomar-se-á, neste ponto, o teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Efetivamente, o documento constitucional vigente limita o poder regulamentador do legislador ordinário sobre a família nos seguintes pontos, em que estabelece: (i) que o casamento civil deve ter gratuidade; (ii) que o casamento religioso, para ter efeitos civis, deve seguir os parâmetros da lei ordinária; (iii) que a união estável tem natureza monogâmica e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento; (iv) que deve haver igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal; (v) que o casamento é dissolúvel; (vi) que há liberdade no planejamento familiar; (vii) que o Estado deve assegurar assistência à família e coibir a violência doméstica; (viii) que é dever da família, da sociedade e do Estado a proteção às crianças, jovens e adolescentes; (ix) que há absoluta igualdade entre os filhos; e (x) que há o dever da família, da sociedade e do Estado de amparo aos idosos. São essas as ordens constitucionais, portanto, impostas em matéria de casamento e união estável. E não há outras limitações ao poder legislativo na regulamentação dos direitos sucessórios oriundos do casamento e da união estável.

Note-se que a regulamentação infraconstitucional do direito sucessório deve respeitar o direito fundamental de herança da ordem constitucional (art. 5º, XXX, da CF), que estava devidamente cumprido pela legislação ordinária nas ordens de vocação hereditária (artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil). Portanto, desacerta quem concebe limitações de ordem constitucional à regulamentação do direito sucessório pela lei infraconstitucional que estejam além do direito fundamental de herança.

Assevere-se que não há no art. 5º, XXX da CF qualquer proibição direcionada ao legislador ordinário em matéria de direitos sucessórios oriundos do casamento e da

união estável, tal como ocorre no caso da filiação: "Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Significa dizer que, caso a Constituição Federal quisesse proibir a diferenciação entre a união estável e o casamento, em matéria sucessória, deveria tê-la estabelecido expressamente, tal como fez no caso da equiparação dos filhos. Nesse diapasão, o artigo 1.790 do Código Civil, ao estabelecer regime sucessório diferente para os companheiros em relação aos cônjuges, sempre esteve na conformidade da estrita legalidade que vincula o legislador ordinário, vez que dentro de sua competência constitucional.

A correta interpretação do art. 226 da Constituição Federal orienta-se no sentido de que os institutos da união estável e do casamento não se equiparam quanto aos efeitos jurídicos peculiares a uma e a outra forma de relacionamento familiar. Não há violação ao princípio da igualdade no estabelecimento de efeitos sucessórios diversos entre o casamento e a união estável. Neste ponto, há numa questão de lógica formal: o fato de serem admitidos diversos modelos de família pela Constituição Federal já significa, por si só, que casamento e união estável não têm e não podem ter regimes jurídicos totalmente idênticos. Do contrário, não haveria a necessidade da existência dos dois institutos, bastando que existisse apenas um.

Não há como negar que a constituição e a extinção da união estável diferem sobremaneira da formação e da dissolução do casamento.

Quanto à formação, enquanto no casamento os nubentes têm ciência do exato início da atribuição a ambos de direitos, durante a comunhão de vidas e após a sua dissolução, seja em vida ou depois da morte, na união estável não existe esse conhecimento, ainda mais porque este instituto não exige expressamente a coabitação como requisito de sua constituição.

Com a equiparação de efeitos sucessórios do casamento aos da união estável, na ordem de vocação hereditária, uma convivência amorosa, até mesmo sem coabitação[12], acarreta o risco de atribuição de direito à herança ao partícipe sobrevivente dessa relação, em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido, no regime legal da comunhão parcial e no da separação faz jus aos bens particulares do de cujus,

[12] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia Garcia de: Tratado das Uniões de Fato, no prelo, São Paulo: Almedina.

além disso, o sobrevivo passa a constar em posição privilegiada em relação aos colaterais na ordem de vocação hereditária, conforme dispõe o art. 1.829, incisos I a IV, do Código Civil. Tudo isso a gerar evidente insegurança jurídica.

A união estável extingue-se no plano meramente fático, por vontade de um dos companheiros ou de ambos. Já o casamento não se dissolve no plano único dos fatos, extinguindo-se o vínculo conjugal pelo divórcio, a teor do art. 226, § 6º da Constituição Federal.

Além dos direitos sucessórios que eram previstos no art. 1790 do Código Civil, o companheiro tinha e mantém o direito aos bens comunicáveis pelo regime da comunhão parcial, já que vigora na união estável, salvo disposição em contrário, esse regime, nos termos do art. 1725 do Código Civil, o qual deve ser combinado com os artigos 1658 a 1666 do mesmo Código. Desse modo, os companheiros têm direito, pelo estatuto patrimonial legal da comunhão parcial, à metade dos bens adquiridos onerosamente em seu curso, àqueles adquiridos por fato eventual, aos adquiridos por doação, herança ou legado em nome de ambos, às benfeitorias em bens particulares do outro companheiro, e aos frutos dos bens comuns e dos particulares do outro companheiro (art. 1660, incisos I a V, do CC). Por outro lado, consoante dispõe o art. 1829, incisos I a IV, no casamento, dispositivo legal este que passou a ser aplicado à união estável em razão da tese firmada pelo STF, o cônjuge figura após os descendentes e os ascendentes na ordem de vocação hereditária, com os quais concorre em direitos hereditários. Se casado sob o regime da comunhão parcial de bens, terá direito à herança sobre os bens particulares, além de sua meação decorrente das normas desse regime (art. 1829, inciso I, do CC).

No entanto, enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com direito inatingível à legítima, na conformidade do que dispõe o art. 1845 do Código Civil, o companheiro pode ser excluído da ordem de vocação hereditária por meio de testamento deixado pelo falecido[13].

Note-se que não se pode concluir que os direitos do companheiro eram sempre menores do que os do cônjuge na redação do art. 1790 do Código Civil, havido indevidamente como inconstitucional, por maioria de votos, pelo STF. Podiam ser

---

[13] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz: Liberdade Testamentária de quem vive em união estável. In: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 06/05/2020. Disponível em: http://adfas.org.br/2020/05/06/liberdade-testamentaria-de-quem-vive-em-uniao-estavel/. Acesso em 21/09/2020.

maiores, o que somente poderia ser avaliado caso a caso, a depender da composição patrimonial. Se a maior parte ou todo o patrimônio tivesse sido adquirido no curso da união estável de maneira onerosa, por exemplo, o companheiro em comunhão parcial herdava sobre a metade desse acervo, enquanto o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial apenas conserva seu direito à metade dos bens conforme o estatuto patrimonial.

A não-equiparação de efeitos jurídicos entre a união estável e o casamento se justifica pelo direito das pessoas à liberdade. Há que se respeitar o direito daqueles que não desejam se submeter aos efeitos sucessórios do casamento. Se as pessoas desejarem desfrutar dos direitos e deveres inerentes ao casamento, podem assim formalizar o relacionamento. Em outras palavras, a convolação de núpcias está à disposição de todos. Ainda mais, por imperativo constitucional (art. 226, § 3º, segunda parte, da CF), deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. E não fosse a liberdade testamentária conservada na união estável, nenhum respeito haveria à essa liberdade de escolha entre uma ou outra espécie de relação.

Assim, não foi sem motivos que a Constituição Federal de 1988 não equiparou a união estável e o casamento quanto aos efeitos jurídicos *post mortem*, deixando para o legislador infraconstitucional essa missão, ao qual atribuiu a competência legislativa sobre direito civil (art. 22, inciso I, da CF).

Como observa Rosa Maria de Andrade Nery, "paira no ar a falsa ideia de que a união de fato e o casamento civil são a mesma coisa...", e, como bem desenvolve esta doutrinadora, "o conteúdo substancial dessa diferença está, evidentemente, na vontade dos companheiros e dos nubentes, quando se propõem ao convívio que é capaz de ensejar o reconhecimento de que se quis formar família". Ademais:

> não é difícil imaginar que a disposição dos conviventes de não convolar núpcias tem um sentido revelado da vontade de não se submeterem a essa estrutura prévia de 'organização sacrifício' que o casamento civil revela. Essa conformação clara que o casamento civil tem, e que a união estável não tem, sinaliza para o intérprete que os companheiros não pretendem que se conclua no sentido de que entre eles existe um vínculo que não se quis criar[14].

[14] NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de Direito Civil, v. 5: Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 272.

E prossegue ensinando que: "O 'querer' casar-se revela uma vontade que, na união estável não se pode pressupor existir, em respeito, mesmo, à liberdade dos companheiros e aos limites de seu comportamento atual"[15].

3 O STF e o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG

Como antes mencionado, em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente dois recursos extraordinários que tinham temas correlatos, um deles era o "alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva" (Tema 498), e o outro a "validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro" (Tema 809).

O julgamento, ocorrido em 10 de maio de 2017, relatado pelo Ministro Roberto Barroso (Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG), acabou por lançar, embora sem ser unânime, a seguinte tese de repercussão geral: "No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil".

Os acórdãos que foram proferidos nos dois Recursos Extraordinários geraram dúvidas porque omissos em relação ao artigo 1.845 do Código Civil, que estabelece o rol de herdeiros necessários, ou seja, elenca as pessoas com direito à legítima, que é uma parte da herança que não pode ser tocada e é preservada obrigatoriamente para quem ali está referido, segundo o texto legal, as pessoas civilmente casadas, além dos descendentes e ascendentes[16].

Por essa razão, entre outras, foram interpostos Embargos de Declaração, em razão da omissão e da obscuridade constante dos respectivos acórdãos[17].

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) apresentou as razões da inaplicabilidade do art. 1845 do Código Civil na sucessão em união estável,

---

[15] NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de Direito Civil, v. 5: Família, *op. cit*., p. 273.

[16] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Distinção entre a herança na união estável e no casamento. In: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 18/07/2019. Disponível em: http://adfas.org.br/2019/07/18/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/. Acesso em 02/08/2020.

[17] STF, ED no RE 646.721/RS, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, j. 26/10/2018 (Embargos de Declaração interpostos pela ADFAS); STF, ED no RE 878.694/MG, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, j. 26/10/2018 (Embargos de Declaração interpostos pelo IBDFAM).

tendo em vista as notórias diferenças na constituição e na dissolução da união estável, além da autonomia da vontade que deve ser conservada na escolha da relação por quem quer constituir uma entidade familiar. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propunha a inclusão dos companheiros no elenco de herdeiros necessários, ou seja, a aplicação do art. 1.845 do Código Civil na união estável.

De modo invulgar, em que pese estar exatamente nos embargos da ADFAS a defesa da inaplicabilidade do referido artigo 1.845 do diploma civil na união estável, as razões recursais da Associação de Direito de Família e das Sucessões acabaram por ser, por via indireta, acolhidas nos embargos interpostos pelo IBDFAM, inobstante tenham sido ambos rejeitados.

Foi ali decidido que “A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos”. Destarte, em sessão virtual de 19.10.2018 a 25.10.2018, finalmente, o STF esclareceu a matéria. Com a participação da Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, como *amicus curiae*, o Supremo Tribunal Federal diferenciou os efeitos sucessórios da união estável dos efeitos sucessórios do casamento, preservando a liberdade de um companheiro de excluir o outro da herança por meio de testamento.

Disso se infere que está reservado o direito à metade dos bens da herança e a impossibilidade de exclusão da herança por disposição expressa em testamento do falecido apenas aos cônjuges (aqueles que vivem em casamento) e não aos companheiros (aqueles que vivem em união estável)[18].

Apenas a ordem de vocação hereditária foi alterada pelo STF na união estável, aplicando-se-lhe o disposto no art. 1.829 do Código Civil, o que está suficientemente claro no texto da decisão dos embargos acima citado.

Assim, somente se não houver testamento, o companheiro ou a companheira concorre com os filhos do falecido, ou com os pais do falecido que não tem descendentes, sendo o único herdeiro, se quem falece não tem descendentes ou ascendentes, nos termos da ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil. Este é o único entendimento possível em relação à tese de repercussão geral firmada

[18] V. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão pelo STF limita-se à ordem de vocação hereditária. In: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 22 nov. 2018. Disponível em: http://http://adfas.org.br/2018/11/22/equiparacao-de-conjuge-e-companheiro-na-sucessao-pelo-stf-limita-se-a-ordem-de-vocacao-hereditaria/. Acesso em 02/08/2020.

no STF, ainda mais diante da decisão proferida em sede em embargos, antes citada[19]. Por mais que alguns tentem obnubilar os incautos, esperamos que os julgadores não extrapolem a lei e tampouco o decidido pelo STF.

No casamento é diferente porque o cônjuge é sempre herdeiro e não pode ser excluído totalmente da herança, podendo somente ser diminuída a parte do marido ou

---

[19] "Recurso Especial. Civil. Processual Civil. Direito de Família e das Sucessões. União Estável. Art. 1.790 do CC/2002. Inconstitucionalidade. Art. 1.829 do CC/2002. Aplicabilidade. Vocação hereditária. Partilha. Companheiro. Exclusividade. Colaterais. Afastamento. Arts. 1.838 e 1.839 do CC/2002. Incidência. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime do artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694). 3. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ressalvada disposição de última vontade. 4. Os parentes colaterais, tais como irmãos, tios e sobrinhos, são herdeiros de quarta e última classe na ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, em virtude da ordem legal de vocação hereditária. 5. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.357.117/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/03/2018). "Inventário. Decisão que assentou a qualidade de herdeiro do companheiro sobrevivente e excluiu os colaterais da herança. Recurso desprovido. Inventário. Insurgência contra a decisão que assentou a condição de herdeiro exclusivo do companheiro sobrevivente, destituindo o irmão da inventariança e excluindo os colaterais da herança. Não houve pedido de efeito. Companheiro sobrevivente que integra a ordem de vocação hereditária, na forma do artigo 1829 do Código Civil. Colaterais chamados a suceder o de cujus apenas na ausência de descentes, ascendentes e cônjuge/companheiro supérstite. Adoção do regime da separação convencional de bens que não afasta a qualidade de herdeira do companheiro. Escritura pública de união estável. Jurisprudência do STJ e deste Tribunal. Decisão mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Ap. Cível 2149990-36.2020.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito privado, Rel. Des. J.B. Paula Lima, j. 06/08/2020). "Inventário. Decisão que reconheceu o companheiro sobrevivente como herdeiro da de cujus. Recurso desprovido. Inventário. Insurgência contra a decisão que reconheceu a participação do companheiro supérstite na herança. Efeito ativo indeferido. Dissolvida a união estável pela morte, não há mais falar em regime de bens, incidentes as regras do direito sucessório. O companheiro supérstite integra a ordem de vocação hereditária na forma do art. 1829, I, do CC, concorrendo com os descendentes à herança. Equiparação dos regimes sucessórios dos cônjuges e companheiros, conforme tese firmada pelo STF em sede de repercussão geral. Tratando-se de bem particular da falecida, o convivente participa da divisão na qualidade de herdeiro. Decisão mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Ap. Cível 2138464-72.2020.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito privado, Rel. Des. J.B. Paula Lima, j. 08/07/2020). "Agravo de Instrumento. Inventário – Decisão que reconheceu a condição de herdeiro do companheiro da falecida em concorrência com descendentes – União estável que é incontroversa nos autos – Questão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil que já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – Observância da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil – Companheiro que deve constar do plano de partilha como herdeiro em concorrência com descendentes da falecida – Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso" (TJSP, Ag 2229867-59.2019.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des.ª Christine Santini, j. 16--03--2020). "Apelação Cível. Constitucional e Civil. Inventário e partilha. Sucessão. Companheiro. Concorrência com descendente comum. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Aplicação do art. 1.829, do Código Civil. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 878694 / MG), no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. A companheira, em concorrência com o filho em comum do casal, referente a patrimônio adquirido na constância da união estável, possui direito a 50% do montante, a título de meação. De outro lado, o filho, na qualidade de herdeiro, possui direito aos outros 50% dos bens" (TJDFT, Ap. Cível 0008277-04.2012.8.07.0005, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Esdras Neves, j. 27/03/2019).

da esposa, no limite da cota disponível, ou seja, até 50% dos bens que compõem a herança (Código Civil, art. 1.845).

O mesmo se diga sobre a reserva da quarta parte, sabendo-se que cabe somente ao cônjuge a concorrência com os descendentes em quinhão que não seja inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (Código Civil, art. 1.832).

A fim de reforçar a distinção entre casamento e união estável, mesmo antes da decisão proferida pelo STF nos Embargos antes citados, aprovou-se o Enunciado 641 na VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida em 26 e 27 de abril de 2018, nos seguintes termos:

> A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Note-se que se a relação afetiva for extinta pelo falecimento, o namorado sobrevivente terá mais facilidade de se arvorar em herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido ou com seus pais na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, se não houver testamento que exclua o companheiro sobrevivo da herança, em razão da referida tese firmada no STF, por maioria de votos. Isto porque namorados podem facilmente ser confundidos com companheiros diante da equivocada norma legal brasileira constante do art. 1.723, caput do Código Civil, sob inspiração da malfadada lei 9.278 de 1996, que não estabelece a convivência *more uxorio* e tampouco sua duração mínima.

Ou, terão os herdeiros consanguíneos do falecido de chegar ao Superior Tribunal de Justiça[20] para fazer valer a interpretação de que a relação configurou o tal "namoro qualificado", uma expressão que foi adotada nessa Corte como um remédio indigesto a uma norma legal que gera insegurança jurídica[21]. Aliás diz-se indigesto porque sua eficácia depende dos inúmeros pesares de um processo judicial.

---

[20] Recurso citado anteriormente: STJ, REsp 1.454.643/RJ, 3.ª T., relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 03/03/2015.

[21] V. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A união estável e o namoro qualificado: uma diferenciação, *op. cit.*, p. 60-62.

4 Considerações a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal e qual a solução jurídica entendida como a mais adequada aos preceitos constitucionais

A tese de repercussão geral "No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil", firmada no julgamento supracitado, colocou o companheiro sobrevivente como partícipe da herança legítima do *de cujus*, em concorrência com os descendentes deste, contanto que não haja disposição testamentária que exclua seu direito hereditário.

As decisões a respeito dos Embargos de Declaração mencionados evidenciaram a manutenção da liberdade testamentária daquele que vive em união estável[22].

Não obstante isso, há vozes que divergem desse entendimento[23] e afirmam que a tese fixada pelo STF elevou o companheiro à condição de herdeiro necessário[24], quando, em verdade, esta condição dependeria de alteração do enunciado do artigo 1.845 do Código Civil, não ocorrida.

O entendimento de que o companheiro é herdeiro necessário não se sustenta. O rol de herdeiros necessários estabelecido no artigo 1.845 do Código Civil é taxativo e não sofreu qualquer tipo de alteração.

A tese fixada na decisão do Supremo Tribunal Federal, insta ressaltar, mesmo conservando a liberdade testamentária de quem vive um união estável violou preceitos fundamentais ao desrespeitar a autonomia das pessoas que escolheram não se casar e que não celebram testamento excludente do companheiro. Atribuir direitos sucessórios próprios do instituto do casamento, isto é, efetuar uma quase equalização

[22] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A liberdade testamentária de quem vive em união estável. Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 6 mai. 2020. Disponível em: http://adfas.org.br/2020/05/06/liberdade-testamentaria-de-quem-vive-em-uniao-estavel/. Acesso em: 18/09/2020.

[23] V. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, que em artigo denominado Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos? Escreve que "a equiparação feita pelo STF limitou-se às regras relativas à concorrência sucessória e cálculo dos quinhões hereditários facultativos para que os companheiros não fiquem em desvantagem aos colaterais". In: Consultor Jurídico, 30 set. 2018, Coluna Processo Familiar. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos. Acesso em: 17/09/2020.

[24] V. TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Migalhas, 25 jul. 2018, Coluna Família e Sucessões. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario. Acesso em: 16/09/2020.

dos regimes sucessórios, contrariou sobremaneira os ditames de um juízo adstrito à correta aplicação das normais constitucionais.

O voto vencido do Ministro Dias Toffoli constante no acórdão do RE 878.694/MG contém o seguinte trecho elucidativo:

> As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

Mais adiante, o mesmo Ministro sentencia brilhantemente: “portanto, como salientado por mim em tantas oportunidades, na espécie cabe também a aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*”.

A decisão mais conforme a Constituição Federal, sem dúvida, seria aquela que reconhecesse a constitucionalidade e ademais mantivesse a plena validade dos termos do art. 1.790 do Código Civil, preservando a diferenciação sucessória estabelecida pelo legislador em 2002.

Conclusão

É sabido por qualquer diligente operador do Direito que, por haver a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 226, § 3º, determinado a facilitação da conversão da união estável em casamento, o primeiro instituto é diverso do segundo.

O princípio da igualdade, então, está presente se observado que, para situações desiguais, cabe tratamento normativo desigual. Além disso, vale dizer que o Estado Democrático de Direito deve respeitar a liberdade das pessoas de não se submeterem a regime normativo de uma determinada relação jurídica quando não desejarem ali inserir-se. Caso não prevalecesse este entendimento – se a todos os casais são impostas as regras sucessórias do casamento -, se não almejam essas regras, sequer em união estável poderão se relacionar, em violação ao princípio da liberdade.

Em consequência, ao invés de o Estado facilitar a constituição de família, inclusive na forma de união estável, as pessoas estão incentivadas à desunião, em desfavor da própria ideia de afetividade. Cabe anotar que, apenas quem escolhe o casamento pode ficar submetido às regras concernentes à respectiva relação jurídica. Aqueles que não desejarem os efeitos dessa espécie de relação familiar, ou seja, do casamento, devem ter preservada a liberdade de optar por viver em união estável.

Pessoas que optaram por viver em união estável poderão vir a querer, com autonomia da vontade, convolar casamento, formalizar a relação matrimonial, inclusive com o escopo de desfrutar das normas legais regulamentadoras deste instituto. Para exercer tal direito, a Constituição Federal introduziu o instituto da conversão da união estável em casamento, a ser facilitado pela lei.

A Constituição Federal prevê a união estável e o casamento enquanto entidades familiares, mas não determina que não se faça qualquer distinção. Tal distinção pode ser feita nos termos da lei: assim como a lei ordinária regula o casamento, a lei ordinária regula a união estável. Se o legislador não pudesse fazer diferenciações entre um instituto e outro, o texto constitucional deveria proibi-las expressamente, como o fez na matéria da filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). A Lei Maior prevê, no próprio art. 226, a diferença entre união estável e casamento, ao prescrever que a aquela pode ser convertida neste. Portanto, já está posta, neste passo, a existência de distinção.

Não há, assim, hierarquia entre os institutos do casamento e da união estável. Tratam-se, apenas, de institutos diferentes. Portanto, deveria ter sido conservada a plena liberdade e autonomia da vontade na escolha do casamento ou da união estável, na conformidade de efeitos distintos.

Efetivamente, pior seria se não tivesse sido conservada a liberdade testamentária na união estável, ou seja, se o companheiro tivesse sido inserido no rol de herdeiros necessários do art. 1.845 do Código Civil, o que não se deu graças aos trabalhos da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que apresentou as razões pelas quais descabe equalização da união estável ao casamento. Mas, há de ser lembrado que nem todos celebram testamento por inúmeros motivos pessoais, do desconhecimento ao preconceito, o que acarreta a inclusão de quem vive uma união de fato na mesma ordem de vocação hereditária da pessoa casada.

Referências

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A união estável e o namoro qualificado: uma diferenciação. Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), São Paulo: RDFAS, v. 9, n. 3, p. 52-68, jul.-set./2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de Direito Civil, v. 5: Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos? Consultor Jurídico, 30 set. 2018, Coluna Processo Familiar. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos. Acesso em: 17/09/2020.

TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Migalhas, 25 jul. 2018, Coluna Família e Sucessões. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario. Acesso em: 10/09/2020.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A liberdade testamentária de quem vive em união estável. Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 6 mai. 2020. Disponível em: http://adfas.org.br/2020/05/06/liberdade-testamentaria-de-quem-vive-em-uniao-estavel/. Acesso em: 18/09/2020.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Artigo 1.725. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). Código Civil comentado. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Distinção entre a herança na união estável e no casamento. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 jul. 2019, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/ e http://adfas.org.br/2019/07/18/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/. Acesso em: 04/07/2020.

12. O JULGAMENTO DA ADO Nº 26/DF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF: AVANÇO OU RETROCESSO EM GARANTIAS?

https://doi.org/10.36592/9786587424286-12

Alex Santiago[1]

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, realizou o julgamento do Mandado de Injunção (MI 4733) impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT), em 2012, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, em trâmite perante aquele Tribunal desde 23 de dezembro de 2013.

No bojo destas ações, os postulantes alegaram suposta omissão por parte do Congresso Nacional que, até aquela data, não teria levado à votação, projeto de lei que criminalizava a “homofobia” e a “transfobia”. Em razão desta omissão, ainda segundo os autores, o Estado brasileiro estaria malferindo postulados constitucionais imprescindíveis, que garantiriam, por exemplo, a dignidade de tais grupos minoritários.

Ainda nesse sentido, a postulante alegava que a inexistência de criminalização de condutas “homofóbicas” e “transfóbicas” pelo poder legislativo federal, representaria conivência com a prática de atos discriminatórios, que representam verdadeiro atentado aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos vulneráveis a tais práticas.

Decorridos muitos anos desde o seu ajuizamento, o STF formou maioria de 8 votos a 3, para fins de conhecer parcialmente da ação (julgamento conjunto da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção 4733), julgando-a parcialmente procedente, para fins de reconhecer a inconstitucionalidade por omissão por parte do Congresso Nacional, por ausência de edição de Lei Penal incriminadora que efetivasse o art. 5º, inciso XLI

[1] Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Orientador do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC/UFC). Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Universidade Federal do Ceará (UFC), período 2019-2022. Advogado criminalista.

da CF/88, bem como para reconhecer a aplicação dos tipos penais previstos no bojo da Lei 7.716/89, às condutas transfóbicas e homofóbicas, até que haja a edição de legislação própria pelo Congresso Nacional.

Ocorre que, a partir do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, surgem, de maneira evidente, questionamentos acerca dos fundamentos desenvolvidos nos votos dos ministros que, acompanhando o relatório e voto do decano, Celso de Mello, estenderam a práticas discriminatórias em razão de orientação sexual, o manto típico previsto na lei de racismo.

Partindo da premissa que não interessa em absoluto tecer qualquer juízo valorativo acerca da orientação sexual individual, o presente artigo baliza sua análise em um prisma meramente jurídico acerca da sustentação dos fundamentos vencedores deste julgamento. Em especial, na análise da atuação do Poder Judiciário frente a omissão legislativa estatal (bem como suas eventuais implicações na teoria da tripartição de poderes) e a averiguação da adequação da extensão de tipo penal incriminador, ante as repercussões que tal entendimento pode causar na esfera dos direitos e garantias individuais dos acusados mediante este entendimento.

É desta feita, que após a análise do julgamento em questão, verificação do conceito e localização de condutas "homofóbicas e transfóbicas" no direito penal brasileiro, bem como a rápida apreciação da teoria da separação constitucional dos poderes e da tipicidade em matéria penal, será possível tecer verificações fundamentadas acerca do referido entendimento que impacta de maneira profunda nas matrizes estruturais dos poderes, conforme a Constituição, bem como na estrutura valorativa-dogmática do próprio direito penal brasileiro.

1 A homofobia e transfobia: conceito e combate na ordem jurídica brasileira

A noção de "homofobia" está etimologicamente disposta como "o preconceito contra homossexuais ou contra pessoas que não se identificam como heterossexuais". A ideia de "transfobia", por sua vez, associa-se a "repulsa emocional, raiva, desconforto, em desfavor de pessoas transgênero, assim denominadas as pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente do sexo que lhes é designado no momento de seu nascimento. Perceba-se, portanto, que tais condutas agressivas

associam-se de forma direta a discriminação em razão de orientação sexual e de identidade de gênero.[2]

Desde meados do século XX, quando da publicação do polêmico Relatório Kinsey[3], que atestou que as práticas homossexuais eram mais difundidas do que à época se pensava nos Estados Unidos da América, seguida da retirada (duas décadas depois) do homossexualidade da lista de doenças mentais, pela Associação Americana de Psiquiatria, a atração sexual por pessoas do mesmo sexo deixou de ser vista como uma mera disfunção social-patológica e passou a ser defendida como expressão relacional, equivalente em reconhecimento e direitos, às formas de expressão de afeto heterossexuais.

Nesse sentido, estrutura-se a ideia de minoria, no conceito liberal de Will Kymlicka[4], que busca a afirmação do direito civil de que se reconheçam os direitos civis dos homossexuais, em amplo sentido, e sem qualquer limitação determinada por uma visão de mundo discriminatória, que enfrentaram ao longo do tempo.

No mesmo contexto, surge não apenas a delimitação de um direito de uma minoria em relação à sua orientação sexual (homossexualidade), como também relacionada à própria identidade de gênero, em que se admite como possível que o indivíduo não se reconheça como o gênero que lhe foi atribuído em seu nascimento, englobando, também nessa ideia, hermafroditas e pseudo-hermafroditas.[5]

Entretanto, nota-se, ainda, que apesar dos esforços para delimitar e garantir direitos destes grupos minoritários, as situações discriminatórias e abusivas praticadas contra homossexuais e transexuais acabam por ferir primados constitucionais básicos como a dignidade da pessoa humana ou ainda as liberdades individuais garantidas sob o manto de cláusulas pétreas na CF/88.

A Organização das Nações Unidas, inclusive, por meio de várias ações institucionais, corriqueiramente relembra aos países-membro que adotem todas as medidas possíveis para evitar e combater a violência e discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Essas formas de enfrentamento institucionalizado pelos governos pode se dar, preventivamente, desde a

---

[2] BRASIL. Homofobia nas escolas. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. (Série Ação Parlamentar, n. 421). 2010.

[3] KINSEY Institute. http://www.indiana.edu/kinsey/research/ak-data.html, acesso em 04/09/2020.

[4] KYMLICKA, Will. Multiculturalism: success, failure and the future. Washington: Migration Policy Institute, 2012.

[5] JESUS, Jacqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos, 2ª edição – revista e ampliada. Brasília, 2012.

conscientização da população, em geral, dos direitos civis garantidos a estas minorias, como também pela edição de normas que protejam o bem jurídico tutelado desses grupos e reprimam condutas abusivas.[6]

No Brasil, que desde 1985 excluiu a homossexualidade do rol de doenças psiquiátricas, houve iniciativa legislativa no sentido de combater a homofobia através de projeto de lei nº 5003/2001, apresentado pela então Deputada Iara Bernardi à Câmara dos Deputados, que visava criminalizar condutas discriminatórias em razão da orientação sexual. Entretanto, após ser aprovado na Câmara dos Deputados e chegar ao Senado Federal como PL nº 122, houve o seu arquivamento, em razão de previsão regimental, que dispõe sobre o arquivamento automático das proposições que tramitam no Senado há duas legislaturas. De fato, a relevante proteção de direitos dos homossexuais fora arquivada em razão do decurso de 8 (oito) anos, sem qualquer apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

Foi nesse contexto, que, diante da existência de lesões de direito deste grupo social, por práticas discriminatórias em razão de condutas homofóbicas e transfóbicas, por meio de entidade representativa e por partido político (PPS), foram ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção de nº 4733 e a ADO nº 26/DF, a fim de requerer o reconhecimento de inércia legislativa acerca da matéria, bem como pugnando pelo reconhecimento do alcance, pela Lei de Combate ao Racismo, de práticas discriminatórias por orientação sexual e por identidade de gênero, enquanto crimes.

2 O julgamento da ADO nº 26/DF e do MI 4733 perante o Supremo Tribunal Federal

Conforme anteriormente mencionado, por 8 (oito) votos a 3 (três), em julgamento concluído em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, seguindo voto relatado pelo Ministro Celso de Mello, conheceu parcialmente e deu provimento parcial a ADO nº 26/DF e ao MI 4733, para fins de reconhecer a omissão do poder legislativo no tocante à criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, bem como reconheceu o alcance do tipo penal que define o crime de racismo (Lei nº

[6] ONU lembra dia internacional contra a homofobia e a transfobia. ONU Mulheres. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-lembra-dia-internacional-contra-a-homofobia-e-a-transfobia-veja-principais-acoes-no-brasil/, acesso em 04/10/2020.

7.716/89) às práticas que discriminam em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

O Ministro Relator da ADO 26/DF, Celso de Mello, em voto extenso, referiu-se à necessidade de tratamento igualitário às pessoas LGBT, mencionou as discriminações que estes grupos sofrem, a necessidade de tutela dos direitos dessa minoria pelo Estado brasileiro, e, por fim, ressaltou a existência da omissão legislativa apontada nas ações em julgamento. Por fim, firmou que cabe ao Supremo Tribunal Federal o dever institucional de suprir lacunas legais das quais decorram violações à Constituição Federal de 1988. O Ministro Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção 4733 também seguiu o mesmo entendimento.[7]

O Ministro Alexandre de Morais reafirmou a vulnerabilidade das pessoas LGBT e a ausência de proteção do Congresso a essa minoria. Referiu que uma maneira de exercer proteção seria a edição de tipo penal que criminalizasse tal conduta, asseverando que a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido não importaria em desarmonia entre os poderes da República, mas sim uma maneira legitima de minimizar a inefetividade de certos mandamentos constitucionais.[8]

Ministro Luis Roberto Barroso[9], seguindo a mesma linha de raciocínio de seus antecessores, apontou os graves números sobre homofobia e transfobia no Brasil, ressalvando a necessidade de exercício de proteção às minorias em questão, bem como ressaltando o papel contramajoritário que o STF deve exercer, para fins de tutela de uma grupo minoritário, ainda que contra a vontade da maioria da população.

Os votos de Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes, seguiram os relatores, admitindo a necessidade de respeito aos direitos de homossexuais e transexuais, reconhecendo a omissão do Congresso Nacional em ainda não ter editado norma penal para proteger tais minorias. Todos foram unânimes em afirmar que o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas em tipo penal pré-existente na Lei 7.716/89, não implicaria em atuação excessiva ou em prática ativista, mas, sim,

---

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733, Rel. Min. Celso de Mello. Voto p.36, , disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf , acesso em 15/09/2020.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Alexandre de Morais, p. 33, , disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf , acesso em 15/09/2020.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Luis Roberto Barroso, p. 15, , disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf , acesso em 15/09/2020.

no cumprimento do dever de preservação de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.[10]

Houve, no entanto, divergência aberta pelo Ministro Ricardo Lewandowski[11], que, apesar de reconhecer a repugnância de condutas homofóbicas e discriminatórias, pontuou a inadequação do meio utilizado, naquela ação, pela busca de criminalização de condutas que não fossem por atividade do poder legislativo. Inclusive, em seu voto, o Ministro reconhece a mora legislativa sobre o assunto, decidindo, todavia, determinar a ciência do reconhecimento da omissão legislativa e determinando prazo razoável para edição de norma penal própria a criminalizar tais condutas. Ainda em seu voto, deixou evidente o seu entendimento de que a extensão do alcance do tipo penal já previsto na Lei 7.716/89 representaria violação ao princípio da reserva legal, um dos primados básicos sob o qual está assentado o sistema jurídico-penal brasileiro.

O Ministro Marco Aurélio Mello[12], em tom ainda mais radical, votou de forma divergente ao relator, sendo o único a julgar totalmente improcedentes ambas as demandas, sequer reconhecendo a mora legislativa e asseverando que não cabe ao Supremo Tribunal Federal no exercício de suas funções ampliar a aplicação de uma lei penal, por meio de interpretação judicial. Afirmou que a atuação do Poder Judiciário deve estar vinculada às normas definidas pelo poder legislativo, não sendo cabível a delimitação jurisprudencial de novas hipóteses de fatos típicos não determinados por lei. Desse modo, o ministro entende que é incabível, ante a lógica constitucional de separação de poderes, que o STF suplante o princípio da estrita legalidade em matéria penal para fins de criminalizar condutas.

Por fim, o Ministro Dias Tofolli, optou por seguir o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que admitiu a existência da mora legislativa acerca da temática, todavia, ao invés de reconhecer o alcance típico de condutas homofóbicas e transfóbicas pelo crime de racismo previsto em legislação penal extravagante já existente, entendeu que

---

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733, Votos Min. Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaL.pdf, acesso em 15/09/2020.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p.16-19, disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf , acesso em 15/09/2020.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Marco Aurélio Mello, p.10, disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf, acesso em 15/09/2020.

a via correta de disciplina criminal da temática seria através de atividade legiferante do Congresso Nacional, sob pena de violação do princípio da reserva legal.[13]

Em que pese a inquestionável preocupação em salvaguardar direitos das minorias percebida nos votos dos ministros que julgaram parcialmente a demanda, e que efetivamente se justificam ante os graves números expostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto[14], a maneira como foi decidida a extensão do tipo penal do crime de racismo, da Lei 7.716/89, às condutas de transfobia e homofobia não parece ser a mais adequada sob o ponto de vista da jurisdição constitucional e da dogmática do direito penal brasileiro, conforme adiante será pormenorizadamente analisado.

3 A Separação dos poderes do Estado e o Supremo Tribunal Federal como ente contramajoritário

O constitucionalismo moderno repousa dentre outras teorias desenvolvidas no período iluminista, na teoria de tripartição de poderes, que foi desenvolvida ainda no século XVIII, pelo barão de Montesquieu, dividindo o poder estatal em três, sendo que cada um deles com o exercício de uma função típica.[15]

Os poderes executivo, legislativo e judiciário, todos, expressando a soberania estatal, dedicam-se às tarefas de administrar, elaborar normas e julgar os casos concretos, respectivamente, como funções típicas de seu próprio funcionamento. A doutrina constitucionalista lembra da possibilidade de que cada um dos poderes possa atipicamente e eventualmente desempenhar funções diversas daquelas que lhes são inerentes, a saber: o poder legislativo (em que pese exerça sua função típica de

---

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Dias Toffoli, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010, acesso em 15/09/2020

[14] De acordo com o relatório "Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência" [6], divulgado em 2018 pelo Ministério dos Direitos Humanos, nos anos de 2015 e 2016 o Disque Direitos Humanos (Disque 100) registrou 3.859 denúncias relacionadas à população LGBTI+. Como o número de denúncias não corresponde necessariamente ao número de ocorrências, projeta-se que o número de violações homofóbicas seja de 5.871 no mesmo período.
O relatório também incorpora dados do Grupo Gay da Bahia, associação de direitos humanos que produz estatísticas a respeito da violência a partir de notícias veiculadas nos jornais, que, em 2016, registrou 343 mortes divulgadas na imprensa. De acordo com os relatórios mais recentes produzidos por essa entidade, em 2017 e 2018 foram noticiados, respectivamente, 445 e 420 óbitos.

[15] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

produzir as normas legais a vigerem no país), tem, atipicamente a atribuição de julgar seus próprios membros e outros agentes políticos, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. O poder judiciário, em que pese tenha como função primordial o julgamento dos casos concretos que são trazidos à sua apreciação, pode, por exemplo exercer atipicamente atividades administrativas ou ainda legiferantes, quando da edição de súmulas pelos tribunais. O poder executivo, além de administrar a coisa pública, pode, por exemplo, exercer função atípica de julgar, no contencioso administrativo, ou ainda de produzir normas, através das medidas provisórias.

Ocorre que ainda que realizem eventualmente funções atípicas, os poderes devem coexistir harmonicamente entre si e não podem invadir o campo de competência dos demais poderes, devendo, pois, resguardar a sua independência. Perceba-se que tal averiguação é uma premissa básica da estruturação do "Estado Democrático de Direito" e tem por objetivo organizar o exercício de poder do Estado, assim como evitar qualquer crise institucional que possa advir do atrito entre poderes.

É assim que o art. 2º da Constituição Federal de 1988 prevê que o executivo, o legislativo e o judiciário são poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Reitere-se que o sistema e freios e contrapesos (na doutrina norte-americana conhecida como "checks and balances formula") importa na atuação interrelacional entre os poderes da União, buscando a manutenção do status constitucional do exercício de poder. Baseia-se na verdade nos ajustes feitos por um poder ao outro, de maneira legal, moderada e com o objetivo de garantir a adequação de ações dos poderes às finalidades do Estado Democrático de Direito.[16]

É a partir dessa perspectiva que se tem a autorização da Constituição Federal de 1988 ao judiciário para exercício de verificação de constitucionalidade das leis editadas pelo legislativo, por exemplo, ou ainda a sustação de uma medida provisória do executivo pelo poder legislativo.

Nesse contexto corretivo de distorções anticonstitucionais a direitos de uma minoria, por exemplo, é que se alega que a função "contramajoritária" do Supremo Tribunal Federal seria acionada para fins de justificar a atuação da corte constitucional, como a havida na ADO nº 26/DF, na proteção de direitos de grupos

[16] BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf > Acesso em 15/09/2020

minoritários.[17] Com base nesse raciocínio é que, diante de provocação à jurisdição, por grupo social que estivesse tendo seus direitos fundamentais tolhidos por ação de outro poder, é que o judiciário (e mais especificamente o STF que guarda a jurisdição constitucional brasileira), não poderia se furtar a realizar tal apreciação em razão de um possível extrapolar de competência, devendo exercer sua função "contramajoritária" e a despeito da separação tripartite do poder, deveria atuar sem limitações, formais ou materiais.

Ao que parece, em verdade, o incentivo à invasão dos limites de cada poder sob o manto do caráter contramajoritário do STF, incita claro desrespeito a esta premissa básica de organização política do estado democrático de direito, bem como, sua aceitação, implicaria em quadro irreversível de insegurança institucional que assim seria aprofundada, dando azo a distorções claramente verificadas, como o pejorativo ativismo judicial.

O reconhecimento de omissão legislativa do Congresso Nacional acerca da criminalização da homofobia, não é a real celeuma instaurada acerca do julgamento do MI 4733 e do ADO 26/DF, mas, sim, a extensão do alcance do tipo penal atinente ao racismo (Lei nº 7.716/89) às condutas de transfobia e homofobia. Isso se dá, porquanto, em sede de jurisdição penal, a criação de normas penais incriminadoras, cabe de maneira exclusiva ao poder legislativo, que irá analisar a necessidade de maior proteção de um bem jurídico caro à sociedade e criar o tipo penal que eventualmente o incrimine.

Ressalte-se, ainda, que o juízo de criação de novos tipos penais é último recurso que o Estado deve utilizar para punir condutas inadequadas. Pelo princípio da intervenção mínima, em Direito Penal, a criminalização de uma conduta apenas se dá pela incapacidade de exercício de punição satisfatória por meio de outras searas do Direito que devem anteceder a justiça penal.[18]

Percebe-se, ainda, a mesma ansiedade infundada (que é crônica no direito brasileiro), de entender a mera criminalização de condutas como a solução para resolver sérios problemas que estão, por vezes, cravados no seio da sociedade brasileira por desinformação, em torno do qual o discurso de ódio ou os estereótipos são preconceituosamente instalados. A criação de eventuais novos tipos penais deve ser

---

[17] TAVARES, André Ramos. Minorias e justiça constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2010.

[18] DIAS, Jorge de Figueiredo, ob. cit., Direito penal e Estado de Direito Material, p.44.

consequência, portanto, do trabalho típico do poder legislativo[19], a quem cabe normatizar, conforme a Constituição Federal, seguida de políticas públicas que sejam de fato eficazes para aplacar o discurso de ódio baseado na homotransfobia.

Assim é que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADO 26/DF e do MI 4733, por determinar a extensão do tipo penal previsto da Lei 7.716/89 como "racismo" às debatidas condutas, incide claramente em problemática de disfunção da delimitação de poderes constitucionalmente estabelecida e excede, de forma evidente, a mera ação contramajoritária que se espera do STF, conforme explanado. Trata-se de uma primeira problemática importante, que antecede a de caráter dogmático-penal.

4 A violação a princípio basilar do direito penal brasileiro: o princípio da reserva legal

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", assim como o artigo 1º do Código Penal brasileiro, que assevera o mesmo princípio. Por meio dessa assertiva, restou inconteste por vontade do constituinte que apenas lei em sentido formal poderá criar um novo tipo penal incriminador no direito brasileiro.

Conforme leciona Damásio de Jesus[20], o princípio da reserva legal (ou da legalidade) tem significado político, vez que representa a garantia das liberdades civis do homem frente ao poder do Estado. Mediante esse princípio se demarca a lei como instrumento definidor das limitações das condutas legítimas em relação às condutas criminosas.

Ressalte-se que o princípio da reserva legal constitui-se um primado básico da justiça criminal moderna, mais precisamente afeita ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, vide o teor do art. 5º, II, da Constituição Federal que determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Diz-se isso porque através desse princípio o arbítrio do Estado, para fins de exercício punitivo, encontra limitação na própria forma de estabelecimento de crimes,

---

[19] Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito penal, Rio de Janeiro: Revan, 2003.
[20] JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: Parte Geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.p. 9-12.

que deve se dar obrigatoriamente por meio de lei, que deve ser prévia a qualquer conduta que venha a atingir. Não há, portanto, delito sem que, antes de sua prática, haja uma lei a descrevê-la como fato punível.[21]

O Supremo Tribunal Federal, por meio de precedentes como o RHC 121.835, recusou-se à criminalização de condutas com base em analogias feitas com a Convenção de Palermo, exatamente por entender que a referida imputação era violadora do princípio da reserva legal, anteriormente citado.

Ocorre que, na verdade, ao estender o alcance da Lei 7.716/89 para supostamente suprimir uma omissão normativa do poder legislativo, o Supremo Tribunal Federal determinou a criminalização de uma conduta por meio de analogia *in malam partem*, o que é vedado em matéria penal, no Brasil.

Lyra Filho e Cernicchiaro[22] ensinam que ao estudar o instituto da analogia e sua aplicação em Direito, tem-se como um dos pressupostos básicos a sua não aplicação para prejuízo do réu, em virtude da necessidade de respeito ao princípio da legalidade. De modo que é proibido qualquer exercício analógico feito em direito penal, para ampliar hipóteses de fatos incriminadores ou de circunstâncias agravantes desses tipos penais, a fim de abranger situações não previstas originariamente pelo legislador.

No caso concreto, de maneira evidente, o Supremo Tribunal Federal ao ampliar as hipóteses de cabimento do art. 20 da Lei 7.716/89, ainda que a título temporário (para suprir momentaneamente a mora do Congresso Nacional), utilizou-se de *analogia in malam partem* para criminalizar condutas homotransfóbicas, motivo pelo qual a decisão do Supremo Tribunal Federal em questão torna-se tão questionável e controversa.

Percebe-se que na ânsia por aplacar um complexo problema de ordem social, o Supremo Tribunal Federal açodadamente para além de reconhecer a mora do poder legislativo em apreciar e votar a criminalização de tais condutas, acabou por consolidar entendimento que não apenas é problemático sobre a dimensão da separação constitucional dos poderes da União, como também demonstra-se absolutamente questionável sob a perspectiva da consagrada estrutura principiológica do direito penal brasileiro, que afirma como primado básico o princípio da reserva legal e que

---

[21] BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 7. 163 p. Série As Ciências Criminais no Século XXI.

[22] LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Compêndio de direito penal - Parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 86.

veda a utilização da analogia para prejuízo do réu, o que de forma incontestável ocorreu no presente caso.

5 O julgamento da ADO 26/DF e a cultura do Ativismo Judicial negativo no STF

Partindo-se da premissa de que o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito assenta suas bases em uma Constituição Federal garantista, tem-se, por certo, que é dever dos três poderes da República a conservação desses direitos e o respeito às normas constitucionais.

Ocorre que é na falha estatal em assegurar os direitos fundamentais da população, em que o judiciário se vê na obrigação de garanti-los mediante atuações expansivas, conforme anteriormente comentado, uma típica característica do neoconstitucionalismo. O problema apresenta-se, quando em nome de garantir supostos direitos que estão sendo tolhidos de grande parte, ou de grupos minoritários, o Poder Judiciário avoca para si a prerrogativa de ser excessivamente expansivo.

É assim que se apresenta a feição mais disfuncional do chamado ativismo judicial, que se mostra como instrumento atual para que se implante atmosfera subjetivista na jurisdição brasileira, em que o julgador abre mão do lastro jurídico vigente, para julgar conforme um clamor social ou conforme a sua própria vontade.[23]

Em que pese o ativismo judicial ser utilizado positivamente, quando o magistrado atua nos estritos limites do que a lei o outorgou, sem atritar contra a harmonia dos demais poderes, na faceta negativa do ativismo, a estrutura normativa vigente é maculada pela arbitrariedade imposta no exercício da judicatura, meramente adstrita a imprecisão da consciência do intérprete, que pode acarretar na instauração de insegurança e incerteza na ordem jurídica brasileira.[24]

No presente caso, utilizando-se do escudo moral de salvaguarda inquestionável dos direitos de uma minoria, o Supremo Tribunal Federal acabou por expor, por outro lado, outras garantias constitucionalmente determinadas a outros grupos: a saber, suprimiu a lei como instrumento para criminalização de condutas e ao mesmo tempo

[23] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, p.112.
[24] BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, dez. 2009, p. 13.

submeteu indivíduos a acusações fundadas em exercícios de tipicidade penal por *analogia in malam partem*.

Repare, pois, que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, mais vezes criticada do que elogiada, ao pensar em efetivar garantias para grupo minoritário, acabou por abalar estruturas também garantistas pré-dispostas na ordem jurídica brasileira, afetando, portanto outra ordem de direitos de outro público destinatário da norma.

Tal juízo hipotético é fundamental a fim de verificar se um julgamento pela Suprema Corte, caracterizado como "ativista" (o que não são raros), pode ter feição positiva ou negativa. No presente caso, dado o prejuízo causado às garantias constitucionais da reserva legal e da legalidade em sentido estrito bem como pelo evidente atrito à harmonia entre poderes, vê-se que claramente o julgado em questão denota uma perspectiva negativa do ativismo judicial.

Conclusões

Todo o exposto, resta claro que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos autos da ADO nº 26/DF e do MI 4733, trazem uma série de atritos com o disposto na literalidade da própria Constituição Federal de 1988.

Ao apressar-se para dar solução imediata a questão legislativamente omissa (no caso a ausência de criminalização de condutas homotransfóbicas), e estender a tais condutas o tipo penal previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, a Corte Constitucional acabou por atentar, não apenas contra as separação entre poderes republicanos, invadindo a competência do poder legislativo para editar norma penal incriminadora, malferindo a disposição do art. 2º, da CF/88 (que prevê a separação dos poderes da União e sua convivência harmônica), como também violou o princípio da reserva legal, pela violação do art. 5º, II e art. 5º XXXIX ambos também da Carta Magna, porquanto apenas em virtude de lei podem-se estabelecer novas normas penais incriminadoras.

Em que pese a nobreza do intento de proteger direito de grupo minoritário e de buscar tutelar pelos seus direitos e garantias individuais, opondo-se ao crescente discurso de ódio que se avoluma no país, não se pode admitir que tal defesa seja feita a partir da subversão da divisão de poderes da União e muito menos ao arrepio da base

principiológica do direito penal brasileiro: a cominação de condutas típico-criminais por meio exclusivo da lei.

Mostra-se acertado o reconhecimento da mora legislativa acerca de condutas discriminatórias, todavia, compete ao Congresso Nacional, mediante fiscalização dos demais poderes, mediante estabelecimento de prazos, legislar sobre a temática, seja criando tipo penal pela prática de homotransfobia, seja por quaisquer outros mecanismos legais de combate a tais condutas antijurídicas. O entendimento firmado pelo STF nos autos da ADO 26/DF e MI 4733, de criminalização autônoma da homofobia, tão somente se presta a reforçar o rótulo de corte judicial orientada aos excessos e a disfuncionalidade do chamado “ativismo judicial”.

Referências

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, dez. 2009, p. 13.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 7. 163 p. Série As Ciências Criminais no Século XXI.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. Disponível em < www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf > Acesso em 15/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733, Rel. Min. Celso de Mello. Voto p.36, , disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf, acesso em 15/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Marco Aurélio Mello, p.10, disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf, acesso em 15/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF e MI 4733. Voto do Min. Dias Toffoli, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010, acesso em 15/09/2020.

BRASIL. Homofobia nas escolas. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. (Série Ação Parlamentar, n. 421). 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, p.112.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: Parte Geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.p. 9-12.

JESUS, Jacqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos, 2ª edição – revista e ampliada. Brasília, 2012.

KINSEY Institute. http://www.indiana.edu/kinsey/research/ak-data.html, acesso em 04/10/2020.

KYMLICKA, Will. Multiculturalism: success, failure and the future. Washington: Migration Policy Institute, 2012.

LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Compêndio de direito penal - Parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

ONU lembra dia internacional contra a homofobia e a transfobia. ONU Mulheres. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-lembra-dia-internacional-contra-a-homofobia-e-a-transfobia-veja-principais-acoes-no-brasil/, acesso em 04/09/2020.

TAVARES, André Ramos. Minorias e justiça constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2010.

13. A BUSCA PELA DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

https://doi.org/10.36592/9786587424286-13

Mauro Fonseca Andrade[1]

Introdução

Não é de hoje que uma certeza está presente em todos os operadores do direito processual penal: a sua codificação *mater* precisa ser substituída por outra mais moderna, pois as lógicas presentes em sua versão original datam da década de 1940. Isso importa reconhecer, portanto, que o pensamento jurídico que levou à concreção do atual Código de Processo Penal é ainda mais antigo.

De sua entrada em vigor até hoje, várias foram as propostas de renovação integral do Código de Processo Penal brasileiro. Basta lembrarmos, a título de exemplo, os intentos reformistas de Helio Tornaghi[2], de José Frederico Marques[3], do Projeto de Lei nº 633 (1975),[4] do anteprojeto de lei (1981)[5] e da comissão nomeada pelo Senado Federal em 2008.[6]

Invariavelmente, razões menos nobres levaram os Poderes Executivo ou Legislativo a não finalizarem a trajetória reformista, relegando aqueles projetos aos arquivos da história ou a uma cansativa demora em sua tramitação, a ponto de já serem considerados merecedores de profundas alterações assim que entrarem em vigor.[7] É por causa dessa dificuldade, em se concluir as reformas globais de nosso Código de Processo Penal, que o legislador vem fazendo uso de alterações pontuais, dentre as

---

[1] Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça/RS.

[2] TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.

[3] BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal** (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD) (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

[5] BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

[6] SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Pe**nal. Brasília: Senado Federal, 2009.

[7] Este é o caso, por exemplo, do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, convertido no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que segue em tramitação na Câmara dos Deputados. Sobre o tem, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de Novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019.

quais se insere a Lei nº 13.964/2019, que também proporcionou alterações no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Em âmbito processual penal, vários foram os pontos que vêm merecendo detida atenção por parte da doutrina, fruto do forte impacto que provocaram na praxe estabelecida há décadas no Brasil. Dentre elas, é possível indicar a citação em sede de inquérito policial (§ 1º do artigo 14-A), a revisão periódica da prisão preventiva (§ único do artigo 316), a figura do juiz das garantias (artigo 3º-B a F)[8] e a estrutura acusatória do processo penal brasileiro (artigo 3º-A).

É bem verdade que as duas últimas novidades se encontram suspensas, por força da liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade. Contudo, essa suspensão não impediu que o Supremo Tribunal Federal, ainda que por meio de decisão monocrática, invocasse a adoção de uma *estrutura acusatória* como razão de decidir, tal como se verificou na decisão proferida no Habeas Corpus 160.496/Rio Grande do Sul.[9]

O entendimento sobre o que representaria essa *estrutura acusatória* não se mostrou adequado a uma realidade atual e histórica, razão pela qual tal julgado foi por nós eleito para demonstrar os problemas que advirão, com a entrada em vigor do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, acaso posições desprovidas da devida cientificidade insistirem em permanecer presentes no dia-a-dia do direito processual penal brasileiro.

1 A inserção da estrutura acusatória no direito processual penal brasileiro

Em estudo publicado no ano de 2008, tivemos oportunidade de sustentar a ideia de que o processo penal brasileiro não se vincularia a um sistema processual penal em específico. Ao contrário, o fato de ele adotar dois modelos de processo penal (um, vinculado à lógica acusatória; e outro, vinculado à lógica mista) excluiria o requisito *unicidade*,[10] de extrema importância para a configuração de um sistema.

---

[8] Sobre a inserção do juiz das garantias no direito brasileiro, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

[9] STF, Medida Cautelar no Habeas Corpus 160.496/Rio Grande do Sul, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 4 de setembro de 2020.

[10] Também conhecido como *principium unitatis*, ele exigiria a consolidação do direito processual penal de um país em torno de um único sistema, evitando tratamentos distintos para situações idênticas (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 12-20.

Como caminho a ser seguido para solucionar tal constatação, apontamos o exemplo do legislador constituinte português, que, em 1976, elegeu a vinculação do seu processo penal a uma *estrutura acusatória* como um dos direitos fundamentais de todo cidadão lusitano.[11] À época, sugerimos a inserção de uma definição sistêmica no próprio artigo 5º de nossa Constituição Federal, mais especificamente, a alteração de seu inciso LIX, que passaria a contar com a seguinte redação: "o processo terá natureza acusatória, sendo admitida ação privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal".[12]

A criação de uma proposta de emenda constitucional, para tratar de um tema tão mal cuidado por grande parte dos operadores do Direito no Brasil, era algo praticamente impossível. Foi por isso que, dada a notícia de criação de uma comissão de juristas – pelo Senado Federal – voltada à redação de um anteprojeto de novo Código de Processo Penal, entendemos por bem encaminhar uma série de sugestões aos trabalhos que teriam início, momento em que reafirmamos a necessidade de uma definição sistêmica do processo penal brasileiro.[13]

Ainda que apresentando limitações não condizentes propriamente com o sistema acusatório, aquela comissão de juristas foi sensível à nossa sugestão, e incluiu, já nas primeiras disposições do anteprojeto de novo Código de Processo Penal, a seguinte redação ao artigo 4º: "O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

O texto do anteprojeto foi prontamente convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. E, superada a tramitação no Senado Federal, foi ele remetido à Câmara dos Deputados, onde recebeu a designação de Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Em ambas as Casas Legislativas, a preocupação com a definição sistêmica do processo penal brasileiro se manteve, com o apontamento de adoção de uma *estrutura acusatória*.

CASTANHEIRA NEVES, A. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 179).

[11] Diz o artigo 32,5 da Constituição Portuguesa: "O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório".

[12] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 461-463.

[13] ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, mai./out. 2008.

A longa tramitação do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, fez com que o legislador entendesse por antecipar algumas de suas novidades, daí advindo, então, a Lei nº 13.964, de 2019. Embora erroneamente vinculada pelo legislador à disciplina ou justificativa para a inserção do *juiz das garantias*,[14] certo é que a *estrutura acusatória* foi inserida em nossa realidade legislativa. Mais que isso, essa inserção já começa a trazer sérias preocupações em relação ao que esta expressão comporta, tal como verificado no entendimento apresentado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na decisão monocrática proferida no *Habeas Corpus* 160.496/RS, datada de 4 de setembro de 2020.

É por essa razão que se faz mais que necessário o estudo da origem da expressão *estrutura acusatória*, e vermos se a definição e limitação dadas no julgado citado se ajustam corretamente aos postulados da estruturação sistêmica dada ao processo penal brasileiro.

2 A origem portuguesa da expressão "estrutura acusatória"

Após a Revolução dos Cravos (25 de abril de 1974),[15] as forças políticas de Portugal se organizaram para a construção de uma nova Constituição da República, o que veio a se consolidar em 1976. A partir de sua configuração como um Estado Democrático de Direito, e de uma maior atenção aos Direitos e Deveres Fundamentais, o legislador se dedicou às lógicas básicas a serem aplicáveis ao processo criminal lusitano, entre elas, estabelecendo que "O processo criminal tem *estrutura acusatória*, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório" (artigo 32º,5) (destaque nosso).

Tal como se verificou na reforma legislativa brasileira de 2019, o constituinte português também não se ocupou em definir o que seria essa *estrutura acusatória*.[16]

---

[14] BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de Trabalho – Legislação Penal e Processual Penal. Grupo de Trabalho instituído para analisar os Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. **Relatório Final**. Brasília, p. 38.

[15] Sobre a Revolução dos Cravos, ver: MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 30, nº 61, p. 465-478, mai./ago. 2017.

[16] BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 48, v. 2, set. 1988, p. 429.

Isso fez com que parte da doutrina a considerasse como integrante de um grupo de "conceitos relativamente indeterminados" inseridos no novo texto constitucional.[17]

Em sua origem, a previsão de uma *estrutura autenticamente acusatória* partiu de uma proposição feita por Jorge de Figueiredo Dias, que a ligou ao sistema processual acusatório.[18] Apesar disso, pouco a pouco, a doutrina portuguesa passou a alargar e, até mesmo, a desconfigurar a vinculação sistêmica proposta por aquele autor.

Dentre os constitucionalistas, Canotilho e Moreira equivaleram *estrutura acusatória* ao *princípio acusatório*, que significaria "que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento".[19] Além disso, também defenderam a existência de uma separação entre as fases de instrução (recebimento da acusação ou negativa de seu ajuizamento), acusação e julgamento, o que levaria à separação entre o juiz da instrução, o acusador e o juiz do julgamento.[20]

Já, entre os autores processualistas penais, houve quem ligasse a estrutura acusatória ao melhor exercício do direito de defesa,[21] com necessário atendimento aos princípios da oralidade, publicidade e contraditório, mas reforçando a separação de funções entre o juiz instrutor, o acusador e o juiz julgador.[22] Mais restrito foi o entendimento de quem defendeu a ideia de que a estrutura acusatória significaria a separação entre quem investiga e acusa (ambas as funções exercidas pelo Ministério Público) daquele sujeito processual com função decisória,[23] mas sem descurar da presença dos princípios da oralidade, imediação e contraditório.[24]

Uma década depois da entrada em vigor da Constituição da República, o legislador se voltou a reestruturar a legislação processual penal lusitana, por meio da Lei nº 43/86. Dentre os comandos encaminhados para a construção de um novo

---

[17] BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. Ob. cit., p. 432.
[18] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. 1974. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 269.
[19] CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I, p. 522.
[20] CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Ob. cit., p. 522.
[21] PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. 1. ed. 1976. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25.
[22] PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. Ob. cit., p. 51.
[23] ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 21.
[24] ANTUNES, Maria João. Direito ao Silêncio e Leitura em Audiência de Declarações do Arguido. **Revista Sub Judice**, Coimbra, set./dez. 1992, p. 25.

Código de Processo Penal, encontrava-se o "Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial".[25] E, conforme perfeitamente se vê na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal português, a lição foi seguida à risca, pois o legislador equivaleu *estrutura acusatória* a *sistema acusatório*.[26]

Infelizmente, a doutrina voltada à compreensão do novo Código de Processo Penal incidiu no mesmo equívoco da doutrina constitucionalista, passando a entender a estrutura acusatória como representativa de várias características, muitas delas desapegadas da essência que marca o sistema acusatório. [27] Mesmo assim, é indiscutível que, dentro da construção lusitana do que seria sua estrutura acusatória, coube ao Ministério Público a presidência do inquérito (artigo 263º) e a titularidade da ação penal pública (artigo 48º), ao passo que o juiz seguiu estando vinculado, até por força das diretrizes apontadas pelo legislador, ao princípio da investigação judicial (artigo 340º).

3 Notas sobre o Habeas Corpus 160.496

A invocação da expressão *estrutura acusatória* pelo Supremo Tribunal Federal, como razão de decidir, em muito antecede à sua própria adoção no anteprojeto de novo Código de Processo Penal. Já na década de 1990, o Ministro Celso de Mello se referia a ela como representativa da necessária observância, por parte do Ministério Público,

---

[25] PORTUGAL. Lei nº 43/86. **Diário da República**, I Série, número 222, Sexta-feira 26 de setembro de 1986, p. 2732).

[26] Diz a Exposição de Motivos: "Da mesma postura revelam, em geral, todas as disposições que, como implicações do sistema acusatório, visam realizar, na medida do possível, a reclamada «igualdade de armas» entre a acusação e a defesa" (Título II, nº 6).

[27] SILVA, Germano Marques da. O processo penal português e a convenção européia dos direitos do homem. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, nº 7, p. 84-92, jan./abr. 1999. Disponível em: https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/issue/view/17. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011. Vol. II, p. 158. MOTA, José Luís Lopes da. A Fase Preparatória do Processo Penal Português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 219–257, jan./jun. 2002. JACINTO, F. Teodósio. O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, A. 30, nº 118, p. 5-44, abr./jun. 2009. ONETO, Isabel. As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, vol. 2, n.º 2, p. 165-180, 2013. CUNHA, José Damião da. O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, A. 7, p. 403-444, jul./set. 1997. MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010. AGOSTINHO, Patrícia Naré. **Intrusões corporais em processo penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, à hora de ajuizar a sua ação penal condenatória. [28] Ou seja, a *estrutura acusatória* foi entendida como correspondente da estrutura da *peça* acusatória.

Recentemente, após a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 2019, o Ministro Marco Aurélio Mello igualmente invocou a expressão *estrutura acusatória* como razão de decidir. No entanto, seu entendimento não esteve pautado pelo conteúdo da acusação, senão pela separação de funções e pela postura judicial na fase probatória.

De acordo com a decisão proferida pelo Ministro citado, o sistema acusatório haveria sido preconizado pela Constituição Federal, e estaria representado pela necessidade de diferenciação entre quem investiga, acusa e julga. Ademais, por força do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, ao juiz estaria vedada a atuação probatória supletiva em relação à acusação, cabendo a ele, tão-só, a produção de prova *ex officio* para suprir dúvida, tal como autorizado pelo artigo 156, inciso II, e artigo 209 daquele mesmo texto legal.[29]

Além da invocação, como fundamento decisório, de um dispositivo do Código de Processo Penal que, sabidamente, encontra-se suspenso por força de medida liminar daquela mesma Corte, chama-nos a atenção a visão toda própria e particular do instituto *sistema acusatório* por parte do Ministro Marco Aurélio Mello.

Já de início, não se mostra correto afirmar que a Constituição Federal *preconizou* tal sistema processual penal. Bem demonstra isso a própria inserção do artigo 3º-A no corpo do Código de Processo Penal, a fim de afastar outras tantas práticas ligadas a outros sistemas processuais penais, em especial, o sistema misto.

Concretamente, a intenção original para a fixação expressa de adoção do sistema acusatório foi dar fim às investigações criminais presididas pelo Poder

---

[28] STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 69.282-6/São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/06/1992. STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 72.506-6/Minas Gerais. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/05/1995.

[29] Textualmente: "(...) 2. No sistema acusatório, tal como preconizado pela Constituição Federal, há a separação das funções de investigar, acusar e julgar, de modo a preservar a neutralidade e imparcialidade do Órgão judicante, considerado o necessário distanciamento dos interesses processuais das partes. O artigo 3-A do Código de Processo Penal veda a autuação supletiva do julgador: 'Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação'. O Juízo, levando em conta não ter o Ministério Público arrolado testemunhas, determinou, de ofício, a audição de um dos policiais ouvidos durante o inquérito, assentando que o paciente, no interrogatório, permaneceu em silêncio, deixando de confessar a prática do crime. Na sentença condenatória, utilizou a prova produzida, sem pedido das partes, para condenar o réu. O comportamento revela a adoção de postura ativa na produção probatória, visando suprir a ausência de provas produzidas pela parte. Embora os artigos 156, inciso II, e 209 do Código de Processo Penal possibilitem a iniciativa do Juiz, tem-se que esta há de estar voltada a dirimir dúvida. Contraria a organicidade do Direito atuar em função do Estado acusador".

Judiciário (juizado de instrução), cuja presença no Brasil se verifica em casos pontuais. Por qual motivo isso é tão importante? Ora, em permanecendo tais investigações judiciais, teremos, entre nós, um claro exemplo de adoção de sistema misto. E, em havendo uma mínima parcela de situações ligadas ao sistema misto – ainda que em detrimento da imensa maioria ligada ao sistema acusatório –, o que teremos é o afastamento do *principium unitatis*, ou seja, o direito processual penal de nosso país não estará unificado em torno de uma só lógica. Em suma, a permanência de inquéritos judiciais em nossa legislação impede que tenhamos um *sistema processual penal* no Brasil, o que leva à inviabilidade de esse sistema ser identificado como *acusatório*.[30]

A melhor demonstração disso é a existência do próprio Inquérito 4781 do Supremo Tribunal Federal, que vem se mantendo em tramitação, apesar de não guardar qualquer relação com o sistema acusatório, por ser um típico representante de investigação presente somente no sistema misto. Que o diga o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808.[31]

Além do mais, ao afirmar que o sistema acusatório significaria a separação entre quem investiga, acusa e julga, o Ministro Marco Aurélio Mello conseguiu, a um só tempo, apartar-se não só de sua concepção histórica, senão também de sua concepção atual.

Quanto à concepção histórica, não é surpresa para ninguém que, na antiguidade, a apuração preparatória para a acusação era uma tarefa, geralmente, de quem iria acusar. Essa era a realidade encontrada no direito ateniense[32] e no direito romano.[33] Já, quanto à concepção atual, poderíamos citar mais de uma dezena de países que adotam o sistema acusatório com a opção pela investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Entretanto, dada a limitação do presente texto, restringimo-nos nada menos que ao próprio exemplo português, de onde a expressão *estrutura acusatória*, utilizada pelo legislador e pelo próprio Ministro Marco Aurélio

---

[30] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 461-463. ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. Ob. cit., p. 113-131.

[31] Ninguém menos que a codificação que melhor representou o sistema misto enumera uma série de autoridades legitimadas a investigar criminalmente, dentre elas, a figura do juiz instrutor. Neste sentido, diz o seu artigo 9: "La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies, (...) Et par les juges d'instruction" (Code Criminel. In: **Codes de L'Empire Français**. Paris: Le Prieur Libraire, 1811).

[32] PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1933, p. 82.

[33] ZANON, Giorgia. **Le Strutture Accusatorie della 'Cognitio Extra Ordinem' nel Principato**. Padova: Cedam, 1998, p. 19.

Mello, foi copiada. Como nos referimos acima, a estrutura acusatória lusitana, entendida como sistema acusatório, tem, como condutor da investigação criminal, ninguém menos que o próprio Ministério Púbico (artigo 263º).

A bem da verdade, a definição dada pelo Ministro Marco Aurélio, referente ao sistema acusatório, somente é encontrada no Brasil,[34] e foi *montada* no período em que se discutia, fortemente, a viabilidade constitucional da investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Ou seja, essa definição foi uma proposital criação tupiniquim para obstaculizar a legitimidade investigatória do acusador público brasileiro, posição, aliás, assumida pelo referido Ministro em seus votos em torno dessa questão.[35]

Por fim, no que diz respeito à atividade probatória *ex officio judicis*, é possível observar que o Ministro em questão não é adepto da teoria da gestão da prova, o que pode ser considerado um grande avanço, em razão dos graves erros – para se dizer o mínimo – verificados na *construção* dessa teoria, que também pode ser considerada uma criação tupiniquim.[36] Entretanto, o caso objeto da decisão em análise não se mostra tão simples quanto se parece.

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 foi no sentido de suspender os efeitos de sentença condenatória transitada em julgado, sob o fundamento de quebra do princípio acusatório na fase probatória, em razão de o julgador de primeiro grau haver determinado a oitiva de testemunha não arrolada pelo Ministério Público. Isso porque, o acusador público, ao oferecer a denúncia pelo crime de contrabando, não havia arrolado testemunhas do fato, fundamentando-a com base nos depoimentos e demais documentos produzidos na fase de investigação.

Feito esse esclarecimento, é importante deixar claro que a atividade probatória *ex officio judicis* não diz respeito somente a questionamentos, durante a audiência, que o juízo poderá realizar para suprir suas dúvidas. Conforme bem aponta o inciso II do

---

[34] MORAIS FILHO, Antônio Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 105-110, jul./set., 1997, p. 108. ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das Comunicações Telefônicas: Ato Exclusivo de Investigação Criminal ou de Polícia Judiciária. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 12, nº 141, ago. 2004, p. 15. PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 315, jan. 2004, p. 101 e 105.

[35] Por todos, invocamos: STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 593.727/Minas Gerais. Repercussão Geral, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14/05/2015.

[36] Sobre sua constrangedora criação, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 197-239. ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 10, nº 18, p. 141-200, 2010.

artigo 156 do Código de Processo Penal, quaisquer diligências poderão ser realizadas pelo juízo – aí estando inserida a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes – igualmente para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 não reproduz nenhuma manifestação do juízo de primeiro grau, a ponto de se saber qual o motivo que o levou a determinar a oitiva de testemunha não arrolada pela acusação. Por isso, partir-se, unicamente da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, para afirmar que houve, de fato, infringência àquele princípio, mostra-se uma grande temeridade. Sempre bom lembrar que, conforme narra aquela decisão, o Ministro afirma que o réu ficou em silêncio em seu interrogatório.

Pois bem. Desnecessário seria dizer que o julgador não está restrito à prova oral para firmar sua convicção. Em processos envolvendo o crime de contrabando, essa realidade fica ainda mais palpável com os documentos que instruem a peça inicial acusatória, em especial, o auto de apreensão dos bens que estavam na posse da pessoa investigada. Ou seja, em razão da não adoção, como regra, da prova tarifada em nosso direito processual penal, nada impede que a condenação se dê, de modo exclusivo, a partir das provas documentais presentes nos autos. E, caso surjam dúvidas em razão delas, autorizado está o juízo a invocar o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal para supri-las.

Enfim, a ausência de reprodução da decisão do juízo de primeiro grau, ao determinar a produção de prova oral de ofício, não nos permite conhecer os motivos que levaram aquele julgador a assim proceder. Não se sabe, a título de exemplo, tampouco se a testemunha ouvida tinha alguma informação a ser prestada em benefício do acusado ou se a sentença condenatória levou o seu depoimento, unicamente, como fundamento para a responsabilização penal do réu. Logo, seria temerário, de nossa parte, firmar posição sobre a correção, ou não, da postura adotada pelo juízo *a quo*. Houve, portanto, uma clara omissão na fundamentação apresentada na decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496.

Conclusão

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 pelo Ministro Marco Aurélio Mello, longe de ser trazida à discussão para ser exposta a uma crítica pelo mundano

prazer da crítica, foi por nós abordada para dar mostra de como os temas *sistemas processuais penais* e *estrutura acusatória* não vêm recebendo um tratamento sério não só pela doutrina, mas também pelo nosso Tribunal de mais alta hierarquia judiciária. No mais das vezes, os slogans *acusatório* e *inquisitivo* têm sido invocados como base para a sustentação de posições ideológicas desprovidas de qualquer seriedade acadêmica.

Em nada mais que quatro parágrafos, o Ministro Marco Aurélio conseguiu invocar, como razão de decidir: a) um artigo do Código de Processo Penal que se encontra suspenso; b) um vínculo sistêmico dito obrigatório, mas inexistente, por parte de nossa Constituição Federal; c) o descompasso histórico de sua visão de sistema acusatório (estrutura acusatória); d) o descompasso atual de sua visão de sistema acusatório (estrutura acusatória); e e) a incompreensão do real alcance da atividade probatória *ex officio judicis*.

Não nos orgulha em nada expor essa sequência de equívocos que bem poderiam ser evitados com um estudo mais detido sobre um instituto que vem pautando uma série de decisões há muito tempo no país (qual seja, o sistema acusatório). Entretanto, a decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 pode ser invocada como um importante parâmetro em relação à forma como a discussão em torno da definição da estrutura acusatória terá em nosso país, caso o projeto de novo Código de Processo Penal seja – algum dia – aprovado, ou seja levantada a suspensão que atinge o artigo 3º-A de nossa atual codificação.

A final de contas, nunca se disse que os parâmetros investigativos, presentes nos meios verdadeiramente científicos das mais variadas áreas do conhecimento, não podem também se fazer presentes na rotina de nossa mais elevada Corte Judiciária.

Referências

AGOSTINHO, Patrícia Naré. **Intrusões corporais em processo penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das Comunicações Telefônicas: Ato Exclusivo de Investigação Criminal ou de Polícia Judiciária. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, a. 12, nº 141, p. 14-15. ago. 2004.

ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de Novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, mai./out. 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 10, nº 18, p. 141-200, 2010.

ANTUNES, Maria João. Direito ao Silêncio e Leitura em Audiência de Declarações do Arguido. **Revista Sub Judice**, Coimbra, p. 25-26, set./dez. 1992.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 48, v. 2, p. 425-448, set. 1988.

BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal** (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD) (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de Trabalho – Legislação Penal e Processual Penal. Grupo de Trabalho instituído para analisar os Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. **Relatório Final**. Brasília, p. 1-203.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I.

CASTANHEIRA NEVES, A. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

CUNHA, José Damião da. O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, A. 7, p. 403-444, jul./set. 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. 1974. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANÇA. Code Criminel. In: **Codes de L'Empire Français**. Paris: Le Prieur Libraire, 1811.

JACINTO, F. Teodósio. O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, A. 30, nº 118, p. 5-44, abr./jun. 2009.

MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 30, nº 61, p. 465-478, mai./ago. 2017.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 105-110, jul./set., 1997.

MOTA, José Luís Lopes da. A Fase Preparatória do Processo Penal Português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 219–257, jan./jun. 2002.

ONETO, Isabel. As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, vol. 2, n. 2, p. 165-180, 2013.

PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1933.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 315, p. 100-106, jan. 2004.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. 1. ed. 1976. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PORTUGAL. Lei nº 43/86. **Diário da República**, I Série, número 222, Sexta-feira 26 de setembro de 1986, p. 2731-2737.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011. Vol. II, p. 158.

SILVA, Germano Marques da. O processo penal português e a convenção européia dos direitos do homem. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, nº 7, p. 84-92, jan./abr. 1999. Disponível em: https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/issue/view/17.

TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.

ZANON, Giorgia. **Le Strutture Accusatorie della 'Cognitio Extra Ordinem' nel Principato**. Padova: Cedam, 1998.

14. INQUÉRITO DAS FAKE NEWS

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-14

Adilson Abreu Dallari[1]

Introdução

É muito estranho, parece até mesmo uma contradição em termos, falar-se em decisões inconstitucionais do tribunal encarregado de interpretar e aplicar a Constituição, especialmente decidindo sobre a constitucionalidade das normas e atos jurídicos. Mas, infelizmente, essa é a realidade atual.

Isso não anula a função de guarda da Constituição atribuída, precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, pelo Art. 102 da CF. A instituição sempre desempenhou muito bem essa função e continua cumprindo seu dever nos casos comuns, em geral, mas não há dúvida de que tem agredido e violado o texto constitucional nas questões que envolvem, direta ou indiretamente, interesse políticos, sejam de caráter ideológico, sejam de pessoas com as quais ministros mantém um especial relacionamento.

O que se pode observar é que, em muitas decisões, tem havido uma evidente proteção aos antigos dirigentes do país, paralelamente a uma perseguição aos atuais governantes. Há, inegavelmente, um facciosismo muito mal disfarçado nas decisões, predominantemente monocráticas. Isso é absolutamente inegável, como, por exemplo, a alteração da jurisprudência com relação à prisão após segunda instância, que teve endereço certo, livrando o ex-presidente da prisão.

Tais comportamentos, adotados sem nenhum pudor, foram obviamente percebidos pelos jurisdicionados, pelo corpo social, ou pela chamada opinião pública. Lamentavelmente, no momento atual, é realmente espantoso o desprestígio dos

---

[1] Professor Titular de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas – NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro fundador da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico – ABRADADE; membro do Conselho Superior de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Consultor Jurídico.

ministros, que são alvos de chacotas, ofensas generalizadas e até ameaças (gratuitas e inverossímeis), especialmente nas redes sociais. O indisfarçável viés político provavelmente decorre do fato de que a quase totalidade dos atuais componentes do STF foi nomeada por uma corrente política identificada como de esquerda e tisnada pela corrupção.

Mais exatamente, dez, dos onze atuais ministros foram nomeados por presidentes vinculados ou coligados a partidos de esquerda José Sarney (1), Fernando Henrique Cardoso (1), Lula (3), Dilma Roussef (4), Michel Temer (1). Um único ministro, Marco Aurélio de Mello, foi nomeado por um adversário da esquerda, o Presidente (que renunciou para não ser cassado) Fernando Collor de Mello, e, curiosamente (como se verá), tem sido uma voz isolada, como crítico dos atuais desmandos perpetrados por seus colegas. Os demais, ou apoiam, ou guardam um silêncio cúmplice.

O marco inicial dessa queda no despenhadeiro pode ser a decisão do então Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, em 2016, de violentar o Parágrafo único do Art. 52 da CF, cujo texto é perfeitamente claro ao estabelecer a penalidade: "... perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública...". Não é improvável que o ministro Lewandowski tenha mantido a habilitação para o exercício de função pública da "presidenta" cassada Dilma Rousseff, em retribuição ao favor de sua nomeação para o STF pelo velho amigo da família (em São Bernardo do Campo) Luiz Inácio Lula da Silva. Contra essa violação direta e inquestionável da CF foram interpostos mandados de segurança, por vários partidos políticos (MS 34.394 MC/DF). A medida liminar foi negada pela ministra Rosa Weber (indicada ao STF por Dilma Rousseff). Desde então o processo está parado.

Entre os 11 ministros do STF, existem alguns notoriamente facciosos, mas existem também ministros que têm demonstrado correção em sua conduta e coerência em suas decisões. Mas jamais se viu algum ministro verberar o escandaloso facciosismo de outro. Nenhum jamais protestou contra a escandalosa decisão do ministro Lewandowski e absolutamente ninguém se manifestou sobre o engavetamento do mandado de segurança pela ministra Rosa Weber. Não há como ignorar o silêncio cúmplice por parte de quem protege, resguarda ou simplesmente silencia, diante de tal situação, seja por puro corporativismo, seja por esperar o mesmo tratamento, caso, eventualmente, venha a ser necessário.

Esse domínio absoluto de uma determinada corrente política é um fato novo, para o qual jamais se cogitou em se procurar uma solução. Porém, agora, ainda que (felizmente) em situações específicas, isso está acontecendo, tornando-se necessário buscar uma forma de corrigir tais atuações nada republicanas. De todo modo, não há dúvida de que o tempo fará com que, com a alteração de seus quadros, o STF recupere o antigo prestígio.

1 O caso em exame

Neste texto será objeto de exame apenas a instauração do Inquérito nº 4.701, presidido pelo ministro Alexandre de Moraes, designado arbitrariamente (por decisão pessoal; sem sorteio, como determinam as normas vigentes) pelo ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, com base no Art. 43 do Regimento Interno, que dispõe: "*Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro ministro*".

O problema começa em que não foi indicada qualquer específica infração penal, e termina com a inquestionável realidade de que não se trata de algo ocorrido no âmbito físico do Tribunal. Trata-se de apurar a autoria de críticas, deboches e supostas ameaças aos ministros, num conjunto designado popularmente como "fake news". Não há algo determinado a ser apurado, mas o procedimento tem por objeto vasculhar a vida de um considerável contingente de pessoas, para ver se existe algum comportamento sancionável. Obviamente, não existe qualquer tipo penal designado como "fake news", ou notícia falsa, em abstrato.

Convém ressaltar que não existe ameaça alguma concreta, viável, exequível ou meramente acreditável, com relação às pessoas dos ministros (fortemente protegidos e blindados 24 horas por dia), às instalações do Tribunal ou à existência da instituição. A alegação de tais riscos e perigos é totalmente despropositada, atingindo as raias do ridículo. O risco desses ministros é o mesmo de uma criança insone ser pega pela cuca.

2 Ausência de fundamentação legal

Conforme já foi dito, o Regimento Interno do STF não autoriza a abertura de inquérito para apurar fatos ocorridos fora das dependências do tribunal. As dependências do tribunal não se confundem com sua área de jurisdição. Um tribunal estadual ou regional tem jurisdição sobre o estado ou a região, mas suas dependências se limitam aos espaços físicos por eles ocupados. O STF tem jurisdição em âmbito nacional, mas suas dependências se limitam aos prédios por ele ocupados em Brasília. Somente por má-fé se pode confundir uma coisa com a outra.

Outro problema foi a escolha discricionária do ministro Alexandre de Moraes para conduzir o inquérito, desrespeitando a regra geral do juiz natural, que exigiria a realização de um sorteio entre os ministros, como manda o Regimento Interno. Alegou o ministro Toffoli que o Art. 43 lhe permitia "delegar" a condução do inquérito, mas, nada no Regimento autoriza uma escolha livre do ministro delegado. Possivelmente (e isto é uma blague) o ministro Alexandre de Moraes foi escolhido delegado por ter sido Secretário da Segurança Pública. O mais provável, porém, é que os ministros mais antigos tenham se recusado a desempenhar esse vexaminoso papel.

Mas, além disso, quanto ao mérito ou as supostas ilicitudes, também não há fundamento legal. Poderia, talvez, ser invocado o disposto na Lei nº 7.170, de 14/12/83 (portanto da época da chamada ditadura militar), que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, em cujo Art. 26 está tipificado como crime: "*Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação*". O parágrafo desse artigo estende a penalidade a quem propaga ou divulga tais fatos. Porém, os tempos são outros; naquela época nem havia a internet e as redes sociais. Agora a Constituição em vigor garante a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de opinião e, especialmente, a liberdade de imprensa. "Fake News" é um nome de fantasia para notícias falsas, que podem configurar injúria, difamação ou calúnia; crimes contra a honra, de ação privada, dependentes de queixa do ofendido.

3 Manifestações do ministro Marco Aurélio

A imprensa tem comentado bastante esse malsinado inquérito, com destaque para as manifestações do ministro Marco Aurélio, o único que não integra o grupo de esquerda que domina o STF.

Algumas matérias merecem destaque, a começar com fragmentos do texto publicado pelo jornalista Carlos Alberto Di Franco:

> Por 10 votos a 1, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no passado dia 18 pela legalidade do inquérito das *fake news*, que apura suposta disseminação de notícias falsas, ofensas e ameaças a integrantes da Corte. Ao se manifestar de forma oposta aos demais magistrados, o ministro Marco Aurélio Mello fez críticas ao modo como o inquérito foi instaurado. O ministro também considerou "seríssima" a forma de escolha do relator, o ministro Alexandre de Moraes, que se deu por decisão do presidente do STF, e não por distribuição eletrônica (sorteio), como normalmente é feito. Mello considerou o inquérito "*natimorto*" por ter sido aberto por iniciativa do próprio STF, à revelia da Procuradoria-Geral da República. "*No Direito, o meio justifica o fim, jamais o fim justifica o meio. O Judiciário é um órgão inerte, há de ser provocado para poder atuar. Toda concentração de poder é perniciosa*", afirmou. O respeito devido ao Supremo Tribunal e aos demais Poderes da República não pode ser encarado como uma blindagem para abusos praticados por aqueles que, momentaneamente, integram a Corte. O STF não é dono do Brasil. Seus ministros são servidores públicos. Devem ser guardiões das normas constitucionais, e não ativistas judiciais em defesa de interesses pessoais, políticos ou ideológicos"[2].

Cabe apenas destacar que a decisão por 10 x 1, longe de representar uma firme convicção, comprova o formidável corporativismo dos componentes desse órgão.

Convém detalhar um pouco mais o entendimento do ministro Marco Aurélio, no sentido de estar ocorrendo uma invasão da competência do Ministério Público, pois, para ele, a expressão máxima do sistema penal acusatório está contida no art. 129, inciso 1º, da CF que separa as funções de acusar e julgar. De acordo com S. Exa. o órgão responsável pela acusação necessariamente não será responsável pelo julgamento. "Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade".

[2] Cf. DI FRANCO, Carlos Alberto. STF versus liberdade de expressão. In: O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,stf-versus-liberdade-de-expressao,70003347627> Acessado em 16 de novembro de 2020.

Muito significativa é a matéria publicada pelo jornalista José Roberto Guzzo, no sítio da Jovem Pan, dia 22 de agosto, afirmando que o Supremo Tribunal Federal do Brasil é hoje um partido político.

> "O STF está sendo utilizado pelos partidos de oposição para fustigar o governo", disse dias atrás o ministro Marco Aurélio Mello. "Isso não é sadio. Não sei qual será o limite. Quem está falando isso não é nenhum "blogueiro de direita" ou militante "contra a democracia", desses que o ministro Alexandre de Moraes persegue com batidas policiais, apreensão de celulares e censura do que dizem nas redes sociais. É um ministro; supõe-se que o presidente Dias Toffoli e seus outros colegas não vão abrir uma investigação secreta contra o homem. Se ele, Marco Aurélio, não sabe qual é o limite, imagine-se então nós outros. Onde vai parar esse negócio? Não há precedentes, na história brasileira, de um tribunal supremo que tenha se comportado de forma tão abertamente ilegal quanto esse, nem abusado tanto dos poderes que a lei lhe confere, nem agido como uma organização política[3].

Registre-se, entretanto, a manifestação em sentido contrário e sustentando a legitimidade de sua decisão, feita pelo ministro Toffoli afirmando que a instauração do inquérito se impõe "*não porque queremos*", mas porque "*não podemos banalizar ataques e ameaças ao Supremo Tribunal Federal*". Para Toffoli, trata-se de reação institucional necessária em razão da escalada das agressões contra membros do STF, em especial, quando da inércia de outros órgãos, insinuando a omissão do MP. Registre-se, entretanto, que o Ministério Público não se omitiu, mas, ao contrário, se manifestou claramente pelo descabimento do inquérito, postulando seu simples arquivamento. O fato é que o malsinado inquérito, que já andou por mais de 15 meses, foi prorrogado e não há sinal de que termine e chegue a alguma conclusão. Pode-se depreender que o propósito seja esse mesmo: manter os suspeitos, investigados, acusados, réus etc. sob pressão e com restrições de direitos, por tempo indeterminado.

4 Os abusos cometidos

A instauração do Inquérito nº 4.701 desencadeou uma série de abusos, com detenções arbitrárias de pessoas, invasões de domicílio, sequestro de telefones celulares e computadores e censura das comunicações, em total afronta a diversas

---

3 CF. GUZZO, JOSÉ ROBERTO. STF, um partido politico. In: Jovem Pan. <https://jovempan.com.br/opiniao-jovem-pan/comentaristas/j-r-guzzo/stf-um-partido-politico.html> Postado em 22 de agosto de 2020. Acessado em 16 de novembro de 2020.

garantias constitucionais dos cidadãos. O "braço" do STF foi a polícia federal, que recebeu ordens do "delegado" ministro Alexandre de Moraes. Louve-se aqui o comportamento dos policiais, que compelidos a invadir residências nas primeiras horas da manhã, causando extremo desconforto às famílias dos investigados (especialmente crianças), souberam bem desenvolver suas ações, sem violência física, com ponderação e evitando maiores constrangimentos. A violência jurídica não poderia ter sido evitada pela Polícia Federal.

O fato é que o ministro Alexandre de Moraes atuou e continua atuando concomitantemente, como vítima, acusador, investigador e julgador, conduzindo um inquérito secreto, no curso do qual foi feito um espetaculoso e clamorosamente inconstitucional "arrastão" no domicílio de muitas pessoas, sem qualquer justificativa. De novo é preciso recorrer à imprensa, transcrevendo parte de um outro texto do jornalista José Roberto Guzzo:

> "Em 15 meses de diligências, o inquérito secreto do ministro Moraes não conseguiu descobrir nada que possa ser considerado minimamente sério contra os investigados – cuja situação legal, até hoje, continua ignorada por seus próprios advogados. (Indiciados eles não são, pois não foram acusados de crime nenhum pelo Ministério Público – que nem sequer participa do caso. Também não são réus, pois não há processo nenhum contra eles. Suspeitos, talvez? O STF não informa.) O fato é que todo esse vendaval não descobriu até agora a mais remota prova de uma conspiração objetiva contra as instituições, ou indícios de alguma atividade de guerrilha, ou sinais de treinamento paramilitar, ou um esconderijo de armas – o máximo que se conseguiu, ao que parece, foram uns rojões de São João que, aliás, nunca estiveram escondidos"[4].

5 O desvio de poder

É incontestável (e até inerente ao ser humano) que agentes públicos podem praticar atos lícitos ou ilícitos. Algumas ilicitudes são patentes, evidentes, visíveis e identificadas de plano, por conterem erros grosseiros, indiscutíveis; puras arbitrariedades. Porém existem condutas e decisões ilícitas que não são perceptíveis de plano, dada sua aparente legalidade. É o que acontece com o denominado desvio de poder.

[4] Cf. GUZZO, JOSE ROBERTO. "Excepcional". O Estado de São Paulo, 28 de agosto de 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,excepcional,70003347025>. Acessado em 16 de novembro de 2020.

No caso em exame, os abusos materiais foram evidentes, grosseiros, mas todos foram cometidos sob uma falsa alegação de um dever institucional, como disse o ministro Dias Toffolli. As alegações de riscos e ameaças a pessoas e instituições são escandalosamente falsas, posto que desprovidas de um mínimo de credibilidade, de um mínimo de condições para serem levadas a efeito, puras bravatas, simples atos de inconformidade e indignação. Nas invasões de domicílio não se encontrou qualquer dispositivo, arma ou instrumento que pudesse levar a cabo uma agressão a qualquer ministro e suas famílias. Mas essas fantasiosas ameaças foram utilizadas para justificar as violências cometidas. Ou seja, as razões que serviram de amparo aos atos de força eram, e continuam sendo totalmente falsas, mas serviram para conferir aos abusos uma aparência de legalidade.

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela **aparência** de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado em sua apuração.

Se no âmbito do Poder Executivo já é difícil apurar decisões tomadas com desvio de poder ou desvio de finalidade, essa dificuldade é imensamente potencializada quando se trata de decisões administrativas tomadas por magistrados. Ressalte-se, para deixar bem claro, que a instauração do inquérito não é uma atividade jurisdicional (de dizer o direito), mas, sim, uma atividade administrativa. A essa dificuldade natural soma-se a suposta intangibilidade da autoridade jurídica e da pessoa física do magistrado, que é levada ao extremo quando se trata de ministros do STF.

Note-se que os comportamentos acima mencionados, se fossem isolados ou eventuais não suscitariam suspeitas de desvio de poder, mas o volume, a espetaculosidade, a reiteração e a insistência em sua prática, permite que se façam ilações sobre a conduta do agente público. Uma coisa é uma decisão facciosa; outra coisa muito diferente é a repetição de decisões facciosas. O problema não está na decisão, mas **na conduta** ilícita e imoral.

Para terminar este capítulo e eliminar qualquer dúvida remanescente, é preciso deixar claro que o desvio de poder ocorre (e deve ser combatido) mesmo na prática de atos legislativos e jurisdicionais, conforme a mais autorizada doutrina:

> "Acolhida, amplamente, na generalidade dos sistemas administrativos, a noção de desvio de poder como tipo de ilicitude administrativa alcançou entre nós consagração legislativa e jurisprudencial.
> Sustentamos, em estudo especial sobre o tema, que a teoria do desvio de poder como vício de legalidade vai além do controle dos atos e contratos administrativos. Tanto o desvio de poder legislativo, como o desvio de poder jurisdicional, se podem caracterizar na medida em que o legislador ou o juiz destoem, de forma manifesta, do âmbito de seus poderes que, embora de reconhecida amplitude, não são ilimitados e atendem a fins que lhe são próprios e definidos."[5]

Diante dessa advertência doutrinária, fica perfeitamente assentado que os atos não-jurisdicionais praticados no âmbito do Judiciário não são insuscetíveis de controle e não geram qualquer inimputabilidade. Ministros são seres humanos e, como tal, podem cometer simples erros. Além disso, a interpretação das normas jurídicas comporta divergências. Mas não é disso que se trata neste estudo. O problema é bem mais grave, como demonstram os fatos acima referidos.

6 A decisão proferida pelo plenário do STF

Até agora o foco desta exposição estava no comportamento, isolado, dos ministros Dias Toffoli, como Presidente do STF, e de seu pupilo, ministro Alexandre de Moraes, executor das violências jurídicas apontadas. Os absurdos poderiam ter sido contidos pelos demais ministros, os quais, no entanto, sufragaram as arbitrariedades, pela expressiva votação de 10x1. Alguns desses votos vencedores eram esperados, em razão de decisões anteriores evidentemente facciosas, mas outros votos, de ministros que costumam decidir com isenção, mas que agora se alinharam, numa inegável demonstração de força política, reforçam a necessidade da busca de soluções, para evitar que tais absurdos se repitam.

Uma demonstração de que algo estranho aconteceu, está no envergonhado, prolixo, contraditório, cheio de divagações e absolutamente confuso voto do relator,

---

[5] Cf. TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres, 1º Volume. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 340.

ministro Fachin. Não é o caso de transcrevê-lo ou comentá-lo na íntegra, sendo suficiente que se transcreva a conclusão:

> "2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de **ameaça de** morte ou de **prisão de seus membros**, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental **julgada totalmente improcedente**, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para **declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019** enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, **nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas**.
> 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais" (grifou-se).[6]

É inacreditável! O ministro tomou como um dos motivos da decisão a "ameaça de prisão" dos membros do STF! Declara a constitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019, a qual instaurou o inquérito para a "investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denunciações caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi,* que atinjam a honorabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e de seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares", "*enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF*". **Ora, não se questiona a constitucionalidade do Art. 43 do Regimento Interno**, mas, sim, a sua flagrantemente indevida invocação como suporte jurídico para a abertura de inquérito administrativo destinado a apurar supostas ilegalidades que teriam sido praticadas fora do ÂMBITO DO STF ("na sede ou dependência do Tribunal"). Em síntese: fugiu do que estava sendo especificamente questionado e afirmou o óbvio.

---

[6] Cf. STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572. RELATORIA MINISTRO EDSON FACHIN. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344963918&ext=.pdf> Acessado em 16 de novembro de 2020.

Em seguida, estabelece uma série de condições para que o malsinado inquérito seja tido como lícito, merecendo destaque o que consta da letra (d):

> "Observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, **excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens**, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, **desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais**" (grifou-se)[7].

Em síntese: desde que se retire de seu escopo tudo aquilo que é verdadeiramente o seu escopo. Dizendo melhor: o inquérito foi aberto para apurar mensagens que supostamente estariam integrando esquemas de financiamentos indevidos, matérias jornalísticas tisnadas com esse defeito. Para isso, foram praticadas inúmeras violências contra toda e qualquer publicação, seus autores, seus bens e seus domicílios, para que, dessa massa enorme, se pudesse constatar que uma ou outra padeceria desse mal. Não há como, agora, separar uma coisa da outra. TUDO já foi vasculhado. De resto, se forem tiradas as matérias regulares (as que não integram esquemas ilícitos), não vai sobrar nada.

A inclinação policialesca do ministro Alexandre de Moraes é deveras justificada (afinal foi Secretário e Ministro da Segurança Pública), mas o que surpreendeu foi a adesão de quase totalidade dos membros do STF, o que se explica somente pelo fato de serem correligionários políticos, dado que todos sabem que a alegação de "segredo de justiça" não autoriza a violação de direitos e garantias constitucionais, e afronta diretamente a expressa proibição do disposto no Art. 5º, inciso XXXVI da CF: "*não haverá juízo ou tribunal de exceção*".

Falta apenas dizer que as cautelas e cuidados apontados pelo ministro Fachin, como condicionantes do prosseguimento do Inquérito, foram todas ignoradas.

7 Como corrigir as supremas inconstitucionalidades?

Mais importante do que apontar as inconstitucionalidades cometidas no caso em exame, é buscar meios e caminhos para evitar a sua repetição. Não há precedentes,

[7] Cf. STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572. RELATORIA MINISTRO EDSON FACHIN. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca..pdf> Acessado em 16 de novembro de 2020.

não há experiências anteriores. Nunca se viu tamanha ousadia. Enfim, como evitar ou corrigir inconstitucionalidades cometidas pelo Supremo Tribunal Federal?

Seja permitido lembrar que o presente artigo se insere numa linha de pensamento há muito tempo sustentada e devidamente publicada, a respeito da separação de poderes e do controle do poder pelo poder:

> "O objetivo fundamental da chamada teoria da separação de Poderes, ou, mais exatamente, da especificação das funções de cada Poder, é exatamente evitar o absolutismo, o exercício do Poder Público em termos absolutos, sem qualquer limitação". "É a criação de instrumentos de contenção do Poder, possibilitando que cada um dos Poderes controle cada um dos outros Poderes."[8]

Fique, portanto, perfeitamente claro que este autor não aceita a posição daqueles que sustentam a intangibilidade dos ministros do STF, como se fossem detentores do dogma da infalibilidade do Papa.

A primeira consideração, a mais simples, a ser feita, é a possibilidade de descumprimento de ordens ilegais da autoridade, posto que, nos termos do Art. 5º, inciso II, da CF: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Para isso, em situações normais, temos instrumentos de defesa, como o habeas corpus e o mandado de segurança. Mas, quando não há a quem recorrer, resta apenas a desobediência.

Cabe lembrar de que já se cogitou da requisição do telefone celular do Presidente da República. Uma ordem dessa natureza, patentemente violadora da CF, jamais seria cumprida e, em boa hora, foi esquecida, dado que poderia causar uma crise institucional.

No caso em exame, dado que se está investigando pessoas que teriam cometido ilícitos consistentes em "Fake News", a divulgação de notícias falsas pelas redes sociais, poderia ser invocada a garantia do Art. 5º, inciso IV, que assegura o direito à livre manifestação do pensamento, quanto, principalmente, o disposto no Art. 220 da CF e seus parágrafos, que se transcrevem:

> "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

---

[8] Cf. DALLARI, ADILSON ABREU. "Controle Compartilhado da Administração da Justiça", in Revista Brasileira de Direito Público, RBDP, 07, out/dez. 2004, Editora Forum, Belo Horizonte, p. 15.

> §1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Mais importante do que a simples desobediência de ordens inconstitucionais, é o acionamento do possível e expressamente previsto controle do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo. Obviamente, o Congresso Nacional não tem competência para revisar os atos jurisdicionais dos magistrados, nem questionar os fundamentos de dada decisão judicial. Não cabe ao Legislativo reformar decisões judiciais tomadas no exercício da competência jurisdicional, de dizer o direito. Mas não é possível que o Congresso ignore condutas e decisões inconstitucionais adotadas no desempenho de funções administrativas.

Na República não existe qualquer cidadão ou autoridade imune a qualquer controle. Membros do Poder Judiciário, além dos atos típicos jurisdicionais, também exercem funções administrativas; ou seja, praticam atos administrativos que, indubitavelmente, não são imunes a controle. O controle das atividades não jurisdicionais já foi expressamente admitida pelo STF, em decisão proferida, há muito tempo, pelo atual decano:

> "O postulado da **separação** de poderes, no entanto, ainda que traduza uma clara limitação material ao poder de investigação parlamentar do Congresso Nacional, **não pode ser invocado para excluir a possibilidade de responsabilização penal ou disciplinar dos magistrados faltosos**." (grifou-se).[9]

Magistrados faltosos são aqueles que descumprem seus deveres funcionais, seja pela violação de normas administrativas, seja por violação dos deveres de isenção e imparcialidade, como ocorre no caso em exame. Não há dúvida alguma, portanto, sobre a possibilidade de fiscalização de atos incompatíveis com o exercício regular das competências de magistrados, em qualquer nível. O Art. 52, inciso II, da CF, diz, expressamente, que compete privativamente ao Senado Federal: "processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal". Como foi dito acima, a separação de poderes serve exatamente para que cada poder seja controlado por outro poder.

[9] CF. SF, Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus 79441-6 – DF de 15/09/1999.

A lei nº 1.079, de 10/04/50, que define crimes de responsabilidade e disciplina seu processamento, no Art. 39 tipifica os crimes de responsabilidade dos ministros do STF, merecendo transcrição o item 5: "*proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções"*. Muito dos fatos acima referidos poderiam configurar crimes de responsabilidade, mas existe um sério problema de ordem prática, qual seja o fato de que compete ao STF o julgamento dos Senadores, os quais não querem se indispor com os ministros do STF. O fato é que não se tem notícia de condenação, pelo Senado, de qualquer ministro do STF.

8 Um novo remédio constitucional

Novos problemas exigem novas soluções. Nunca se viu, na história do direito constitucional brasileiro, tantas afrontas à Constituição, perpetradas por quem deveria protegê-la. É o caso de se perguntar: *Quis custodiet ipsos custodes*?[10] É no próprio texto da CF que se deve procurar a solução.

Uma possível solução (independentemente de que se busquem outras), está no Art. 142 da CF, que se transcreve, com um destaque:

> "Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à **garantia dos poderes constitucionais** e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (grifou-se).

Quando o STF, desbordando dos limites constitucionais, profere decisões gritantemente inconstitucionais, está invadindo a esfera dos outros poderes, que não podem ficar inermes. Esse abuso não pode ser tolerado, como uma fatalidade, um problema insolúvel.

Em estudo pioneiro, o Prof. Ives Gandra Martins deixa claro que o Art. 142 pode ser aplicado se o STF desobedecer, confrontar ou conflitar com os mandamentos constitucionais, destacando que as Forças Armadas nunca podem descumprir a CF; sua atuação não seria para romper a ordem, mas, sim, para recompor a ordem constitucional. Confira-se com o que foi publicado pela Gazeta do Povo:

---

[10] Quem há de vigiar os próprios vigilantes?

> "Ives Gandra da Silva Martins acompanhou muito de perto os trabalhos da Constituinte, próximo ao relator Bernardo Cabral. Em diversas e recentes manifestações, Gandra Martins assegura a intenção normativa e a finalidade político-institucional do art. 142 de prever uma intervenção pontual das Forças Armadas, uma espécie desidratada de poder moderador, para garantir os poderes da República e também a lei e a ordem, sempre que convocadas por esses mesmos poderes e nos estritos limites do chamamento"[11].

No mesmo sentido do entendimento do Prof. Ives Gandra, mas numa análise mais detalhada, em texto publicado no informativo Migalhas de 08/06/20, Amauri Feres Saad pondera que, durante os trabalhos da Constituinte, ficou claro que havia uma preocupação muito grande no sentido de buscar meios para evitar a repetição de revoluções, crises institucionais, e repetidas alterações constitucionais de ocasião, o que lhe permitiu afirmar que:

> "O primeiro aspecto a ser levado em conta na compreensão da intervenção prevista pelo art. 142 é a sua natureza de mecanismo constitucional de superação de crises. Dito de outra forma: o equilíbrio entre poderes na atual constituição leva em consideração necessariamente o conteúdo do art. 142 e não pode ser compreendido sem ele"[12].

Ambos os juristas concordam em que o Art. 142 deve ser aplicado para recompor o equilíbrio entre os poderes. Nenhum deles está invocando uma ressurreição do Poder Moderador, da Constituição Imperial, mas, sim, ambos estão destacando a função das Forças Armadas no sentido da restauração da ordem constitucional e da manutenção da independência e harmonia dos poderes, o que é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, é preciso que se faça uma importante observação: Não se trata de colocar o Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, Chefe das Forças Armadas, como um superpoder, acima dos demais. Cabe lembrar que, no sistema constitucional republicano presidencialista brasileiro, o Presidente da República é Chefe do Poder Executivo e, também, Chefe de Estado, e é nessa condição (de Chefe de Estado) que ele pode invocar a aplicação excepcional do disposto no Art. 142, para a garantia dos poderes constitucionais.

---

[11] Cf. AZEVEDO, DAVID TEIXEIRA DE. GAZETA DO POVO. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/cronicas-de-um-estado-laico/o-stf-o-poder-moderador-e-as-forcas-armadas/> Acesso em 16 de novembro de 2020.

[12] Cf. SAAD, AMAURI FERES. MIGALHAS. Disponível em <Migalhas de Peso/Mecanismos constitucionais de superação de crises — Quem tem medo do art. 142 da Constituição?>

Um exame cuidadoso das competências do Presidente da República, enumeradas nos incisos do Art. 84, deixa bem clara essa dupla condição. Além de exercer a direção superior da administração federal (o governo), também cabe a ele representar o Brasil (o Estado soberano brasileiro) nas relações internacionais. Para os fins deste estudo, cabe destacar as competências do Presidente para decretar o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal. Tudo isso para manter a ordem institucional.

Note-se que as Forças Armadas não exercem funções político-partidárias. O militar não pode filiar-se a partido político, e para ele é proibida a sindicalização e a greve. A neutralidade e a isenção diante de disputas pelo poder são pontos fundamentais para as Forças Armadas. Ninguém chega ao comando de qualquer das Forças Armadas senão depois de um longo percurso, de muito estudo e de muita dedicação aos interesses fundamentais da Nação.

Em síntese, não há como, numa perspectiva estritamente jurídica e absolutamente fiel ao texto da Constituição Federal, negar que o STF está desbordando de suas atribuições, invadindo a esfera de competência de outros poderes e violando garantias constitucionais dos cidadãos. Aquilo que era havido como impossível, está deveras acontecendo. Esse grave problema precisa ser solucionado pelos juristas.

Resta uma última e importante consideração: não se pode confundir a instituição do Supremo Tribunal Federal com os atuais ocupantes de seus cargos; ela é permanente e eles são temporários. Não é possível deixar de considerar que a quase totalidade dos ministros foi nomeada por uma determinada corrente política agora em declínio.

No corrente ano, tomará posse um novo presidente da Corte, e, ao longo do tempo, outros juristas irão substituir os atuais, em um novo cenário político, abrindo-se a perspectiva de que o STF venha a recuperar sua antiga dignidade, seu prestígio e o respeito da coletividade.

Referências

AZEVEDO, DAVID TEIXEIRA DE. GAZETA DO POVO. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/cronicas-de-um-estado-laico/o-stf-o-poder-moderador-e-as-forcas-armadas/> Acesso em 16 de novembro de 2020.

DALLARI, ADILSON ABREU. “Controle Compartilhado da Administração da Justiça”, in Revista Brasileira de Direito Público, RBDP, 07, out/dez. 2004, Editora Forum, Belo Horizonte, p. 15.

DI FRANCO, Carlos Alberto. STF versus liberdade de expressão. In: O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,stf-versus-liberdade-de-expressao,70003347627> Acessado em 16 de novembro de 2020.

GUZZO, JOSÉ ROBERTO. STF, um partido politico. In: Jovem Pan. Disponível em <https://jovempan.com.br/opiniao-jovem-pan/comentaristas/j-r-guzzo/stf-um-partido-politico.html>
Acessado em 16 de novembro de 2020.

GUZZO, JOSE ROBERTO. “Excepcional”. O Estado de São Paulo, 28 de agosto de 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,excepcional,70003347025>.
Acessado em 16 de novembro de 2020.

SAAD, AMAURI FERES. MIGALHAS. Disponível em <Migalhas de Peso/Mecanismos constitucionais de superação de crises — Quem tem medo do art. 142 da Constituição?> Acessado em 16 de novembro de 2020.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572. MINISTRO EDSON FACHIN. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344963918&ext=.pdf>
Acessado em 16 de novembro de 2020.

STF. MINISTRO CELSO DE MELLO. Habeas Corpus 79441-6 – DF de 15/09/1999.

TÁCITO, CAIO. Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres. 1º Volume. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

15. O STF E SEUS INQUÉRITOS ILEGAIS

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-15

Rogério Greco[1]

Introdução

Sem dúvida, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi um marco importantíssimo para os operadores do Direito. Embora não seja a oitava maravilha do mundo, como se apregoa aos sete cantos, pois que nela existem inúmeros defeitos, inseridos propositadamente ou não, fato é que a Constituição Federal foi um divisor de águas, principalmente no que diz respeito ao elenco dos direitos e garantias fundamentais, cujo rol encontra-se previsto em seu art. 5º.

Esses defeitos constitucionais foram muito bem observados por Márcio Chila Freyesleben, quando diz, acertadamente:

> "A Constituição de 1988 foi uma fraude aos anseios da população. Em nome da 'cidadania', erigiu uma estrutura de poder socialista que contamina e emperra o Estado. A Nova República nada traz além da velha cantilena marxista, com roupagem de globalista: o neomarxismo pós-moderno. E, agora, voga a crença equivocada de que, no Estado que se diz democrático e de Direito, há respeito aos ditames da dignidade humana. Mas não é exatamente assim. É que uma outra crença equivocada, a de que o Estado seria capaz de resolver todos os problemas da população, fez aumentar assombrosamente a lista de suas competências. Como consequência, o Estado do *laisser faire* transformou-se no Leviatã de Hobbes, que protege primeiro, devora depois. 'Foi erigido em Providência onipotente pelo fetichismo político do homem moderno, e incumbido não apenas de manter a ordem nas ruas, mas também de dar paz e conforto aos corações magoados e aos espíritos inquietos, saúde aos enfermos, alegria aos infelizes, ciência aos ignorantes, senso aos levianos. Não bastou mais que distribuísse justiça: teve também que distribuir pão, água, luz, música e notícias'"[2].

---

[1] Pós-Doutor pela Universitá Degli Studi di Messina (Itália). Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Formado pela National Defense University (William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies) (Washington - EUA). Especialista em teoria do delito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Membro do Ministério Público de Minas Gerais (1989 a 2019). Membro eleito para o Conselho Superior do Ministério Público durante os anos de 2003, 2006 e 2008.

[2] FREYESLEBEN, Márcio Chila. *A Constituição e o mito da nova República*. Disponível em: <https://www.tribunadiaria.com.br/ler-coluna/411/a-constituicao-e-o-mito-da-nova-republica.html>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Princípios penais e processuais penais foram proclamados e defendidos com todas as forças. Era um novo momento. Na verdade, isso não se pode negar, a Constituição Federal mudou a essência da Justiça Penal. Dentre essas mudanças, uma das mais importantes dizia respeito à eleição do sistema acusatório. Os princípios, expressos ou implícitos, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da vedação à utilização de provas ilícitas, da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), do juiz natural, do promotor natural, do duplo grau de jurisdição, enfim, instrumentos necessários a uma correta e ágil aplicação da Justiça estavam presentes, fazendo com que um novo horizonte se mostrasse promissor no que dizia respeito à aplicação da lei e à segurança de toda sociedade.

Merece destaque, no que diz respeito à eleição do sistema acusatório, mesmo que não adotado em sua forma pura, a concessão da titularidade privativa do Ministério Público para a propositura da ação penal de iniciativa pública, conforme previsão constante do inc. I do art. 129 da Constituição Federal. Estava decretado o fim do procedimento denominado judicialiforme, com a eleição definitiva do princípio do *ne procedat iudex ex officio*. Dissertando sobre o tema, Norberto Avena, com precisão, assevera:

> "O primeiro enfoque da aplicação do *ne procedat judex ex officio* refere-se ao início da ação penal que fica condicionado à iniciativa do Ministério Público nos crimes de ação penal pública, e do ofendido nos delitos de ação penal privada, sem prejuízo, quanto a este último, do ingresso de ação penal privada subsidiária da púbica nos termos do art. 29 do CPP. Isto importa dizer que o juiz não poderá iniciar o processo criminal sem que haja provocação dos respectivos legitimados. Sob a égide da Constituição Federal de 1967, tal princípio não era absoluto, sendo ressalvado pela possibilidade de o juiz iniciar *ex officio* o processo das contravenções penais, conforme autorizado pelo art. 26 do CPP. Esse procedimento, que era denominado de judicialiforme, não foi, contudo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que disciplinou a legitimação privativa do Ministério Público para a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Em consequência, restou extinta nos dias atuais"[3].

O Ministério Público passou a gozar do *status* de *dominus litis*, competindo-lhe, portanto, promover privativamente a ação penal de iniciativa pública. A Constituição Federal utilizou de forma correta, no inc. I do referido art. 129, a palavra *privativamente*, ao invés de *exclusivamente*, em virtude da possibilidade de ser proposta a chamada *ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública*, prevista tanto no art. 29 do Código de Processo Penal quanto no inc. LIX do art. 5º da

[3] AVENA, Norberto. *Processo penal*, p. 18.

Constituição Federal, garantindo-se à vítima o seu início quando o Ministério Público, por desídia, não a tivesse proposto no prazo legal.

Esses avanços, no entanto, eram só o começo. Ainda havia muito a se conquistar, fazendo com que, efetivamente, houvesse uma real identificação das funções de todos aqueles que participavam do processo, principalmente no que dizia respeito às figuras do Juiz, do Ministério Público e da Defesa.

Assim, de acordo com o sistema acusatório, não pode haver confusão entre as funções. Ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal, cabe a função de acusar e demonstrar, por meio das provas nos autos, os fatos narrados na peça inicial de acusação. O ônus da prova é de sua responsabilidade, não podendo transferi-lo para aquele a quem se imputava determinada infração penal. À defesa cabe refutar os fatos apontados pelo Ministério Público. Ao juiz, como figura imparcial, compete o julgamento da causa, buscando compreender os fatos de uma forma mais equidistante possível, embora todos nós saibamos que isso, na verdade, é um raciocínio puramente teórico, já que todo ser humano se deixa contaminar pelos seus sentimentos, paixões, emoções etc. A imparcialidade nunca será absoluta, mas ao menos é viável esperar que o julgador se dê por suspeito quando houver alguma relação com as partes que o torne parcial ou menos capaz de decidir de forma isenta. O exemplo mais claro pode ser o da inimizade com alguma das partes ou, pior, eventual situação de o julgador ser a vítima dos fatos em apuração.

Querendo cada vez mais afastar o julgador do contato com as provas produzidas durante a fase investigativa, foi criada a figura do *juiz das garantias*, por meio do que ficou conhecido como "pacote anticrime", isto é a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, defendido, paradoxalmente à exaustão, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, e também pelo Ministro Alexandre de Moraes. Assim, os arts. 3º-A a 3º-F, cuja aplicação encontra-se suspensa por decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, regulamentam a matéria, valendo transcrever o art. 3º-A, que resume a ideia central desse novo personagem, dizendo:

> *Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

1 Das redes sociais

Nunca as notícias circularam de forma tão rápida como agora. Se a internet já havia sido um avanço espetacular, a utilização das redes sociais potencializou esse avanço. Em um passado recente, estávamos presos, limitados às notícias seletivamente disponibilizadas pelos meios de comunicação, via de regra pela imprensa escrita, pelo rádio e pela televisão.

A imprensa, que se dizia livre, constantemente usou e abusou de seu viés ideológico, quase sempre com posturas de esquerda, enfatizando aquilo que lhe beneficiava, em prejuízo da divulgação pura e simples das notícias. Mas, essa regra mudou com o advento das redes sociais e com os aplicativos de mensagens. Já não se podia mais esconder os fatos verdadeiros da população, que agora tinha acesso a tudo, em tempo real. Contudo, o contorcionismo comunicativo continuou a existir, e variava de acordo com o momento, beneficiando os que lhe interessavam, e prejudicando os que lhe eram contrários.

A população passou a se inteirar de fatos que, até então, estavam fora do seu âmbito de interesse. Isso aconteceu, principalmente, quando o país acordou para a necessidade de se combater a corrupção, que havia tomado conta, endemicamente, dos governos anteriores. O STF, pouco conhecido até aquele momento, passou a ganhar proeminência, principalmente após a divulgação de suas sessões através da TV Justiça, onde os embates entre os ministros, seus pensamentos discordantes, suas ofensas recíprocas eram vistas, agora, em cadeia nacional.

O Brasil começou a conhecer nominalmente esses ministros, mais até do que os jogadores de seus times preferidos de futebol. Hoje, com toda certeza, a escalação desses onze ministros é mais certa do que se fosse seu próprio time de futebol. Todos conhecemos as tendências, as ideologias, de onde vieram, o que se esperar de seus votos. Fazem parte, agora, do foco das críticas da sociedade, queiram ou não. Não são imunes a elas, já que escolheram, se voluntariaram a ser servidores públicos na maior Corte do nosso país.

As últimas decisões tomadas pelo STF, com toda vênia, têm sido as piores possíveis. O ativismo judicial passou a ser a regra, tanto no que diz respeito ao suposto preenchimento de lacunas legislativas, como foi a hipótese em que entendeu, por falta de disposição legal, que a Lei de Racismo se aplicava, também, aos casos de homofobia

(conceito não definido, diga-se de passagem) como nas indevidas e constantes interferências no Poder Executivo, chegando ao absurdo de impedir nomeações para cargos comissionados, ou seja, cargos de confiança de exclusiva responsabilidade do Presidente da República, como ocorreu com a nomeação para diretor-geral da Polícia Federal. Em outro ensaio de invasão explícita da competência do Legislativo, sem que tenham os srs. ministros um único voto popular que lhes garanta legitimidade, podemos acrescentar a tentativa de se legalizar o aborto até a 12ª semana de gestação.

Enquanto processos de políticos corruptos mofam em suas prateleiras, ou em suas memórias de computador, no caso dos processos eletrônicos, o STF, atuando de forma política, tenta tomar em suas mãos os rumos da nação, decidindo, muitas vezes monocraticamente, o que se deve fazer. Esquecem-se que não foram "eleitos" e que a tarefa de conduzir o país é de responsabilidade precípua constitucional do Presidente da República, com o auxílio do Congresso Nacional.

Foram muitos os processos emblemáticos, em que os ministros decidiram de forma contrária às expectativas populares, que viam nesses processos uma tentativa de combate à corrupção que tomou conta do país, em virtude dos governos anteriores. O processo do mensalão mostrou um pouco a visão política do STF. As brigas entre os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa demonstravam bem isso. Ao final, condenações ridículas fecharam esse julgamento que, ao contrário do que se alardeou, deu o tom de impunidade que esses políticos queriam.

A operação Lava Jato começou a fazer a diferença, investigando, processando e, ao final, punindo os culpados por uma corrupção jamais vista no mundo. Eram megalomaníacos. Na verdade, verdadeiros genocidas, que tiraram a esperança do povo. O STF, ao contrário do que todos esperavam, começou a soltar os presos das inúmeras fases da operação. Amigos como Jacob Barata Filho foram soltos sem o menor pudor. Eike Batista experimentou somente um pouco as paredes úmidas da prisão, pois logo foi colocado em liberdade. A sensação era de que o STF tinha se colocado contra a operação que estava virando as páginas de um país tomado pela corrupção.

Todas essas decisões absurdas fizeram com que a população se revoltasse contra os ministros do STF e passasse a externar sua indignação através, e principalmente, das redes sociais. Aplicativos como Twitter, Facebook, Instagram etc. começaram a ficar lotados de postagens contra a Suprema Corte, postagens essas muitas vezes

agressivas e até mesmo criminosas. Nem os próprios familiares dos ministros foram poupados. Sabe-se que, muitas vezes, as críticas são cruéis e nos atingem profundamente.

Assim, ante essa avalanche de críticas ofensivas, o STF se posicionou, por seu atual presidente, Ministro Dias Toffoli, e mostrou sua força autoritária. No entanto, pior do que aqueles que o criticavam ou mesmo o ameaçavam, o STF a todos superou, e seus ministros se transformaram em verdadeiros inquisidores, dignos de deixar constrangido o próprio Torquemada.

2 Dos inquéritos ilegais

2.2.1 Inquérito nº 4.781

Dando início à série de absurdos jurídicos, o Ministro Dias Toffoli, inconformado com os ataques praticados nas redes sociais contra os ministros da Suprema Corte, editou a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, dizendo:

> O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,
> CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);
> CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,
> RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão,
> Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.

Sem muito esforço, podemos identificar vários equívocos jurídicos somente pela leitura da mencionada portaria, a começar pelo fato de que o Regimento Interno, mencionado pelo Ministro Dias Toffoli, não lhe confere esse poder. Na verdade, o poder que lhe é conferido, mesmo sem discutir, no momento, a recepção ou não do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito se vier a ocorrer, frise-se, infração

penal na sede ou dependências do Tribunal, envolvendo autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição.

Assim, pergunta-se: *A existência de notícias fraudulentas (fake news), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de* animus calumniandi*,* diffamandi *e* injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares*, conforme explicitado na Portaria GP nº 69, foram praticadas na sede ou dependências do STF? A resposta só pode ser negativa, pois essas ofensas foram levadas a efeito, em sua maioria, nas redes sociais, tendo sido praticadas a partir dos domicílios ou locais frequentados por seus autores.

Houve, sim, manifestações populares fora das dependências do STF, o que ratifica o raciocínio de que nada ocorreu na sede daquele Tribunal.

Continuando o raciocínio. As pessoas envolvidas eram autoridades ou outras sujeitas à jurisdição do STF? Da mesma forma, a resposta é negativa. O art. 43 pode ter sua recepção discutida a respeito da violação do sistema acusatório, mas mesmo que a conclusão seja que ele está hígido, só tem cabimento para infrações praticadas na sede da Corte, o que evidentemente não é o caso.

Assim, *ab initio*, o inquérito estava revestido de mais uma ilegalidade, pois fora instaurado para apurar fatos ocorridos fora da sua sede ou dependências, por pessoas não sujeitas à sua jurisdição. No momento que o povo quer acabar com o foro por prerrogativa de função, que se aplica a autores de crimes, os ministros do STF estendem, em ativismo inaceitável, o "foro privilegiado" para vítimas privilegiadas, vale dizer, eles próprios. Trata-se, portanto, de verdadeiro Tribunal de Exceção, criado com a finalidade única e exclusiva de deixar a cargo da Suprema Corte a investigação daqueles que a desafiam democraticamente.

Outra ilegalidade, grosseira por sinal, foi a designação direta do Ministro Alexandre de Moraes para “presidir” o malsinado inquérito. Sabe-se que a distribuição dos feitos ocorre, já há muito, para evitar decisões personalistas, tentando-se com isso, ao máximo, preservar a imparcialidade do julgador, evitando-se que pessoas com determinadas inclinações julguem de acordo com elas, em distribuições dirigidas. Assim, pergunta-se: Qual foi o critério adotado pelo Presidente do STF para delegar essa atribuição ao Ministro Alexandre de Moraes? O que o habilita, nesse caso, a ficar à frente dessas investigações, em detrimento dos nove outros ministros que compõem

aquela Corte? Como se vê, a própria delegação dirigida já se reveste da mácula da parcialidade, da suspeição, da ilegalidade.

Conforme as lições de Hely Lopes Meirelles[4]:

> [...] a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal-RISTF, em seu art. 66, é claro no sentido de exigir a devida distribuição, senão vejamos: "Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo".

Não há no RISTF nenhuma previsão extraordinária em que se avente a possibilidade de o Sr. Presidente do STF nomear relator a inquérito, ou seja, o Presidente da Corte Superior ignorou e descumpriu a legislação vigente.

Assim, surgiu o abjeto Inquérito nº 4.781 no Supremo Tribunal Federal, tendo o Ministro Alexandre de Moraes como seu presidente inquisidor, já que ocupa todas as posições possíveis no processo penal, isto é, vítima, investigador, acusador e julgador, faltando tão somente a posição de réu, que possivelmente ocupará após as apurações dos inúmeros ilegalidades e abusos de autoridade praticados no curso das investigações.

O correto, aqui, como em qualquer outra situação similar, seria os ministros do STF, que se sentissem ofendidos ou mesmo ameaçados, representar junto à autoridade policial a fim de que fosse instaurado o necessário inquérito, a fim de apurar os fatos por eles narrados, uma vez que os delitos contra a honra, tendo como vítima funcionários públicos, e também o delito de ameaça, de acordo com os arts. 145, parágrafo único, e 147, parágrafo único, ambos do Código Penal, necessitam de representação, legitimando a autoridade policial a dar início às investigações.

Vale ressaltar que, na própria portaria, o Ministro Dias Toffoli, talvez não muito afeito à seara penal, confundiu os crimes de denunciação caluniosa com a própria calúnia, e fez menção a um tipo penal inexistente no ordenamento jurídico-penal, vale dizer, as chamadas *Fake News* que, em tese, poderiam se configurar em crime contra

---

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

a honra por ele próprio mencionado.

Por conta desse inquérito que tinha por objeto apurar, em sua maioria, infrações penais de menor potencial ofensivo (difamação, injúria e ameaça, já que a calúnia ultrapassaria a pena máxima cominada em abstrato de 2 anos, em virtude da majorante de um terço prevista no inc. II do art. 141 do CP) inúmeros abusos foram cometidos, a exemplo de vários mandados de busca e apreensão, com a finalidade de apreender computadores, *tablets*, celulares e outros dispositivos eletrônicos, e também quaisquer outros materiais supostamente relacionados aos fatos narrados no inquérito, ficando a autoridade policial, que cumpriria o mandado, autorizada a ter acesso aos documentos e dados armazenados em arquivos eletrônicos apreendidos no local da busca, contidos em quaisquer dispositivos.

Foram incontáveis as pessoas constrangidas por emitirem opiniões contrárias aos ministros do STF, que não aceitaram qualquer tipo de censura a respeito de seus comportamentos. O absurdo é evidente.

Para coroar com chave de ouro, o inquérito foi decretado como sigiloso, sendo que, inúmeras vezes, os advogados dos supostos envolvidos nos atos nele narrados tentaram ter acesso aos autos, a fim de verificar, efetivamente, do que se tratava, qual era a sua finalidade, enfim, exercer o seu legítimo direito de defesa. Para a surpresa de todos, por muito tempo, não conseguiram ter acesso aos autos, tendo o próprio STF descumprido, dessa forma, a Súmula Vinculante nº 14, que diz, textualmente: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Quem imaginaria que o próprio Tribunal que editou a Súmula, de natureza vinculante, a descumpriria. Tempos estranhos esses que estamos vivendo.

2.2.2 Inquérito nº 4.828

Não bastasse o absurdo do primeiro inquérito, foi requerido pela Procuradoria-Geral da República, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, a abertura de um segundo inquérito, a fim de apurar os fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes que, segundo o Procurador-Geral da República, traduzem potencialidade delitiva, nos termos da Lei nº 7.170/1983, vale dizer, a Lei de Segurança Nacional.

Justificando o requerimento de abertura de inquérito, em sua peça, disse o Ministério Público Federal:

> "No dia de ontem, conforme amplamente noticiado pela imprensa, ocorreram aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais.
>
> Esses acontecimentos foram precedidos de mobilização em redes sociais, sendo destacáveis, por exemplo, as propagações realizadas, nesses meios de comunicação, a partir de cidadãos como Adilson Dini – perfil 'Ravox Brasil' na rede *Twitter* e com 300 mil seguidores em canal da plataforma *YouTube* – ou com Marcelo Frazão, com canal na plataforma *YouTube* –, ambos com replicação de suas mensagens por meio de serviços mensageiros como *WhatsApp*.
>
> Assomaram-se a tais publicações membros do Congresso Nacional, por meio também de publicações na rede social *Twitter*, como os Deputados Federais Daniel Silveira (@danielPMERJ) e Júnio Amaral (@cabojunioamaral), entre outros.
>
> A dimensão dos episódios do dia de ontem reclama a investigação sobre a ultrapassagem do excesso no direito de expressão, opinião e manifestação para as fronteiras criminais do grupamento que tenha objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito (art. 16); da propaganda, e seu financiamento, de processos ilegais para alteração da ordem política ou social (art. 22) e do incitamento à animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais e à subversão da ordem política e social (art. 23)".

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu despacho inicial, acolheu o requerimento do Ministério Público e determinou a abertura do Inquérito nº 4.828, esclarecendo que o objeto do pedido de sua instauração não englobava somente a investigação dos fatos ocorridos em 19 de abril de 2020, mas "também todos aqueles antecedentes e semelhantes com a mesma finalidade, pois, em tese, teriam sido praticados os delitos previstos nos arts. 16, 17 e 23 da Lei 7.170/83".

Paradoxalmente a tudo que vem decidindo, o citado ministro, em sua fundamentação ao acolhimento do requerimento de abertura de inquérito, disse:

> "A liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também de opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.
>
> Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenha a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania".

Tal como ocorreu no Inquérito nº 4.871, foram inúmeras as aberrações praticadas no Inquérito nº 4.828.

A primeira das aberrações diz respeito à própria abertura do inquérito pelo STF. Isso porque, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decidido, por maioria de votos, em 3 de maio de 2018, na Ação Penal nº 937 que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e aos senadores se aplica tão somente aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. Assim, pergunta-se: Se os deputados federais Daniel Silveira e Júnio Amaral não praticaram qualquer infração penal que dissesse respeito ao exercício de suas funções como parlamentar, o que justificaria a abertura de inquérito pelo STF? Obviamente, a única finalidade, desprezando a própria orientação colegiada do Tribunal, foi permitir que o inquérito fosse presidido, por razões puramente políticas, pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Da mesma forma, por mais absurda que fosse a abertura de inquérito no STF, qual seria a ligação entre os referidos deputados federais em relação às demais pessoas, que não possuíam foro por prerrogativa de função ou, melhor dizendo, onde ficou comprovado o concurso de pessoas entre todos os citados no inquérito, que permitisse atrair a competência para o STF? Mais uma vez, percebe-se o nítido cunho político da investigação, mesmo contrariando o entendimento da própria Corte e também os princípios básicos do Direito Penal e do Processo Penal.

Se não bastasse, tal como ocorreu no Inquérito nº 4.781, o Ministro Alexandre de Moraes assumiu a presidência do Inquérito nº 4.828 sem qualquer distribuição prévia. Por que razão o aludido ministro se consideraria prevento, já que o segundo inquérito dizia respeito, em tese, à apuração de crimes contra a segurança nacional, enquanto o primeiro cuidava de fatos que diziam respeito a uma onda de ojeriza que tomou conta da nação contra os ministros que compõem a Suprema Corte? Obviamente que não havia qualquer relação entre eles. Assim, mais uma vez, persistiram na ilegalidade de não proceder à sua distribuição, ferindo princípios básicos do Direito Processual Penal, principalmente o da imparcialidade do julgador.

Vale ressaltar que o objetivo do Inquérito nº 4.828 era apurar o cometimento das infrações penais tipificadas nos arts. 16, 22 e 23 da Lei nº 7.170/1983, isto é, a Lei de Segurança Nacional, que dizem, respectivamente, *verbis*:

> *Art. 16. Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.*
> *Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.*
> *Art. 22. Fazer, em público, propaganda:*
> *I – de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;*
> *II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;*
> *III – de guerra;*
> *IV – de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.*
> *Pena: detenção, de 1 a 4 anos.*
> *§ 1º A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.*
> *§ 2º Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:*
> *a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;*
> *b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.*
> *§ 3º Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.*
> *Art. 23 Incitar:*
> *I – à subversão da ordem política ou social;*
> *II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;*
> *III – à luta com violência entre as classes sociais;*
> *IV – à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.*
> *Pena: reclusão, de 1 a 4 anos*

Essa capitulação iria mostrar a face tirânica e seletiva da Justiça contra aqueles que se consideram conservadores, pois o foco das investigações ficaria limitado a esse grupo de pessoas, que não concorda com a corrupção que tomou conta do país, que se coloca contra a derrubada de valores essenciais da família brasileira, que não aceita o vilipêndio do Cristianismo, que defende a vida, contra posturas abortistas, que busca a governabilidade de um Presidente legitimamente eleito com 57,7 milhões de votos.

Os dois inquéritos, na verdade, seriam pretexto para todo tipo de arbitrariedades, começando por buscas e apreensões completamente desnecessárias, chegando, inclusive, a prisões temporárias, que tinham por objetivo não somente demonstrar a força do Tribunal, mas também espalhar o terror. Robespierre tinha ressuscitado.

Numa dessas buscas por “instrumentos do crime”, trinta policiais civis da Coordenação Especial de Combate à Corrupção e ao Crime Organizado, cumpriram diligência numa Chácara na região de Arniqueiras, no Distrito Federal, supostamente utilizada para reunião dos “temidos” grupos de direita conhecidos como 300 do Brasil, Patriotas e QG Rural, onde foram encontrados um cartaz com a inscrição “Armas para o cidadão de bem”, e outro que pede o fim da ditadura dos políticos profissionais. Além

disso, também foi apreendida uma faca de pão, fogos de artifício e bandeiras do Brasil[5]. Como se vê, os grupos eram extremamente perigosos e radicais, e a partir daquele momento estavam proibir de passar manteiga no pão, já que o instrumento cortante havia sido apreendido. Que papel ridículo!!!

Foram simbólicas as prisões de algumas pessoas, a exemplo de Sarah Winter, líder do movimento intitulado 300, como também a do jornalista Oswaldo Eustáquio. O jornalista teve tratamento totalmente diferente do que o STF deu a Glenn Greenwald, vez que computadores e celulares do Eustáquio foram apreendidos e, por outro lado, proibida qualquer tentativa de se investigar a conduta aparentemente criminosa daquele, que divulgou conversas interceptadas ilicitamente de autoridades integrantes da Justiça.

A pergunta que não quer calar é: Como foram decretadas essas prisões temporárias, se nenhuma das infrações tipificadas na Lei de Segurança Nacional encontra-se no rol previsto pela Lei nº 7.960/89?

A estratégia, ilegal por sinal, foi desprezar o art. 16 da Lei nº 7.170/83, que prevê, como vimos, a conduta de integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça, convertendo-a, simplesmente, naquela tipificada no art. 288 do Código Penal, vale dizer, a simples associação criminosa, uma vez que essa última permitiria a decretação da segregação cautelar. Ora, qualquer acadêmico de Direito, em suas primeiras aulas na Faculdade, sabe que quando temos lei especial ela prevalece sobre a geral, prevalecendo o brocardo latino *lex specialis derogat generalis*.

Os fatos praticados pelas pessoas investigadas no Inquérito nº 4.828 estão longe de se configurarem em crimes contra a segurança nacional. São, sim, demonstração de inconformismo, de repúdio a Suprema Corte. Isso não significa, em absoluto, qualquer comportamento que tenha por finalidade alterar a ordem política ou social, ou mesmo que se proponha a subvertê-la. Também está longe de incitar a animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis.

---

[5] Cf. "Distrito Federal: polícia apreende fogos em operação e passa vergonha nas redes sociais". Disponível em: <https://www.tercalivre.com.br/df-policia-apreende-fogos-em-operacao-e-passa-vergonha-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Vimos, ao longo dos anos, os sindicatos ligados a grupos de esquerda irem às ruas, promovendo badernas, os *black blocks* e, mais atualmente, os antifas, destruindo as cidades, atacando policiais, trazendo pânico à população civil. Por que não estão sendo investigados nesse inquérito, que diz tentar proteger a democracia?

O foco, como já dissemos, é muito claro, evidente, beirando ao absurdo. Tentam, a todo custo, calar as vozes das ruas, que não suportam, com todo o direito, os ministros do STF. Como o próprio Ministro Alexandre de Moraes declarou, assim que ingressou no STF, quem não quer ser atacado, não seja funcionário público. Interessante como o discurso muda ao sabor do vento.

Agora, a crítica mais contundente é rotulada, pelos ministros do STF, de atos antidemocráticos, passíveis de serem punidos com prisão. É a instalação da ditadura do Judiciário. Aquilo que lhes incomoda, é entendido como antidemocrático. A democracia reside até mesmo no fato de a população se manifestar querendo o fechamento ou a substituição da Suprema Corte. Ninguém foi às ruas pedindo a extinção do Poder Judiciário, mas sim de um de seus órgãos. Isso não é ato antidemocrático, mas sim exercício puro e simples da democracia, quando os seus destinatários não estão satisfeitos com aqueles que deveriam servir-lhes de forma correta, justa e imparcial.

Já não é de hoje que se discute a importância e a necessidade da existência de um Supremo Tribunal Federal que, ao longo dos anos, foi se transformando em uma Corte essencialmente política. Seus integrantes, a todo momento, deixam transparecer suas tendências, criticando integrantes de outros Poderes, emitindo opiniões sobre casos ainda em andamento que, possivelmente, serão por eles decididos no futuro, defendendo, abertamente, condenados em instâncias inferiores. Exemplo claro disso foi a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, dizendo, aos quatro cantos, que o condenado Luis Inácio Lula da Silva merecia um julgamento justo[6]. Ora, essa afirmação chega a ser ridícula. Como um julgamento justo se oito juízes (um de primeiro grau, três desembargadores que compõem o TRF 4, além de mais quatro ministros do Superior Tribunal de Justiça) entenderam que, efetivamente, o condenado havia praticado os crimes que lhe haviam sido imputados na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

---

[6] Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2019/08/23/devemos-ao-lula-um-julgamento-justo-diz-gilmar-mendes.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Essas e outras declarações mostram a inclinação política da Corte, que já não é mais aceita pela maioria da população, principalmente os conservadores. Daí a existência desses inquéritos, cuja finalidade política é evidente, qual seja, calar a maioria conservadora do país, impondo-lhe o medo. Tempos sombrios esses de agora.

O Inquérito nº 4.828, da mesma forma como ocorreu com seu antecessor, foi decretado como sigiloso. Aqui, também, os advogados dos investigados foram tolhidos no seu direito de defesa, haja vista que durante muito tempo não tiveram acesso aos autos. Embora comunicada sobre essas aberrações e ilegalidades, a OAB Nacional se calou, e seu silêncio demonstrou que o mecanismo estava completo, uma vez que seu Presidente é, assumidamente, partidário da esquerda derrotada e afastada do Poder pelo voto popular.

Em ambos os inquéritos, principalmente o de nº 4.828, o cunho político e perseguidor de pessoas conservadoras, é evidente. Se a ideia é não permitir atos antidemocráticos, que atentem ou subvertam a ordem política e social, onde estão os militantes de esquerda que, abertamente, falam em destruir o governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro. Isso é ato democrático ou manifestação legítima de expressão? Obviamente que não. Veja-se, a título de exemplo, que um deputado do PSOL, Marcelo Freixo, numa reunião comemorativa do aniversário de 40 anos do PT, em 8 de fevereiro de 2020, disse, aberta e francamente, entre outros insultos ao Presidente da República legitimamente eleito, que não tinham que somente resistir ao governo Bolsonaro, mas sim que destruir o governo Bolsonaro[7].

Hoje em dia, a expressão "discurso de ódio" está em alta. No entanto, interessante notar que esse chamado discurso de ódio não parte da sociedade conservadora, mas sim daqueles que com ela não concordam, vale dizer, os adeptos da esquerda que tiveram frustrados seus planos de eternização no poder, à custa de uma corrupção assustadora, em prejuízo de toda uma população. Genocidas, foram expulsos democraticamente pelo voto, e agora, tal como o exemplo dado pelo deputado do PSOL, Marcelo Freixo, querem reassumi-lo pelas vias ilegais. Que esses, sim, sejam processados, condenados e devidamente presos, para o bem do nosso país. Isso se o STF permitir, o que será quase impossível de se imaginar.

---

7 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/02/08/temos-que-destruir-o-governo-bolsonaro-diz-freixo-em-festa-do-pt.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Conclusão

Até o momento, não se sabe quando os mencionados inquéritos serão encerrados. Ao que parece, ficarão *ad eternum*, permitindo que o abuso de poder e a tirania prevaleçam indefinidamente, buscando-se, com isso, impor o terror a todos os patriotas que discordam das posições assumidas pelos ministros da Corte.

Enfim, a finalidade deste artigo é demonstrar alguns dos inúmeros absurdos, arbitrariedades e ilegalidades constantes dos Inquéritos nºs 4.781 e 4.828, que ferem os princípios básicos constantes em nossa Constituição Federal, bem como na legislação processual penal, como se depreende do seguinte:

1. a Constituição Federal de 1988 adotou uma série de princípios, expressos e implícitos, que nos levam a concluir pela adoção do sistema acusatório;

2. o princípio do *ne procedat judex ex officio* foi contemplado também constitucionalmente, proibindo o juiz de iniciar processos e/ou investigações, já que o legitimado para tanto é o Ministério Público, a quem compete, privativamente, propor a ação penal de iniciativa pública;

3. as decisões do STF, além de contrárias às expectativas populares, têm invadido a competência dos demais Poderes, tendo esse absurdo ativismo despertado, em grande parte da população, um sentimento de repúdio a Corte e aos seus ministros;

4. em defesa do STF e do suposto regime democrático, foram instaurados dois inquéritos: a) o primeiro deles, nº 4.781, pelo próprio presidente do STF, Min. Dias Toffoli, com infração aos preceitos mais comezinhos, mais rudimentares do processo penal; b) o segundo, 4.828, a pedido da PGR, para investigar atos considerados como antidemocráticos, também eivado de uma série de ilegalidades;

5. ambos os inquéritos visam, na verdade, a coibir pensamentos e manifestações conservadores, haja vista que os investigados são pessoas com esse viés político;

6. o Inquérito nº 4.781: a) foi instaurado indevidamente, pois não houve qualquer ato praticado na sede ou nas dependências do Tribunal; b) não diz respeito a prática de crimes por autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição; c) cria uma modalidade nova de foro por prerrogativa do sujeito passivo da infração penal, já que as vítimas são os próprios ministros e seus familiares; d) adota um sistema inquisitivo, ditatorial e tirano, pois o seu presidente também é uma das supostas vítimas, será seu investigador e futuro e ilegal julgador; e) foi decretado como sigiloso, impedindo, ou

pelo menos dificultando, seu acesso aos advogados dos investigados; f) seu presidente foi designado ilegalmente, sem qualquer distribuição; g) apura fatos atípicos, pois as chamadas *fake news* não encontram tipicidade penal, resumindo-se, isso sim, a crimes contra a honra; h) os crimes contra a honra, como regra, e o de ameaça, previstos no inquérito, são de ação penal pública condicionada a representação e de menor potencial ofensivo; i) as medidas abusivas e arbitrárias de apreender computadores, *tablets*, celulares e outros dispositivos eletrônicos, e também quaisquer outros materiais supostamente relacionados aos fatos narrados no inquérito, não se coadunam com a gravidade dos fatos nele narrados; j) os ministros praticaram crimes de responsabilidade e também de abuso de autoridade, devendo ser responsabilizados através de um processo de *impeachment*, perante o Senado, e também no próprio STF;

7. o Inquérito nº 4.828: a) foi instaurado para apurar os fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes, onde ocorreram aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais; b) foram apontados como investigados dois deputados federais e duas outras pessoas, sem que tivesse sido demonstrado qualquer liame subjetivo entre eles, que evidenciasse o concurso de pessoas passível de atrair a jurisdição do STF; c) de acordo com a Ação Penal nº 937, o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e aos senadores se aplica tão somente aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas, o que não ocorreu no caso concreto; d) o PGR devia ter requisitado a instauração de IP, se fosse o caso, junto à Polícia Federal, e nunca no STF; e) esse inquérito busca, tão somente, amedrontar a população conservadora, pois que nenhum dos investigados possui ideologia de esquerda; f) o inquérito é extremamente seletivo e absurdo, porque busca investigar pessoas que se coadunam com os pensamentos do Presidente Jair Messias Bolsonaro e que defendem seus pontos de vista; g) não investiga verdadeiros criminosos, que praticam crimes previstos na Lei de Segurança Nacional, como é o caso do Deputado Federal Marcelo Freixo, que pretende a destruição do Governo legitimamente eleito; h) não existe nos autos a mínima prova de que as pessoas investigadas praticaram crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional; i) as prisões de Sarah Winter, Oswaldo Eustáquio, e todas as que foram levadas a efeito no mencionado inquérito comprovam os crimes de abuso de autoridade praticados pelo Ministro Alexandre de Moraes, já que não se justificavam;

j) o delito tipificado no art. 16 da Lei nº 7.170/1983 foi substituído pelo previsto no art. 288 do Código Penal, numa estratégia de se poder fundamentar a prisão temporária nos autos, já que os delitos da Lei de Segurança Nacional não estão previstos como fundamento da prisão temporária;

8. não há prazo para encerramento das investigações, sendo os inquéritos utilizados por prazo indeterminado, a fim de disseminar o medo, o pânico nas pessoas covardes que não se opõem a eles.

O Supremo Tribunal Federal, deixando de lado seu papel constitucional, se transformou em um ditador, alvo das mais contundentes e acertadas críticas.

O que mais impressiona é que, a cada dia, a nossa Suprema Corte só piora. Urge, portanto, uma modificação dos critérios de escolha de seus ministros e o tempo de duração de suas atividades. Não podem mais se eternizar no Poder, para o bem do país.

Referências

AVENA, Norberto. Processo penal. São Paulo: Método grupo Gen, 2020

DIAS TOFFOLI. Supremo Tribunal Federal. Portaria do Gabinete da Presidência nº 69, de 14 de março de 2019.

FREYESLEBEN, Márcio Chila. A Constituição e o mito da nova República. Disponível em: <https://www.tribunadiaria.com.br/ler-coluna/411/a-constituicao-e-o-mito-da-nova-republica.html>. Acesso em: 10 jul. 2020.

"Devemos ao Lula um julgamento justo", diz Gilmar Mendes". UOL, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2019/08/23/devemos-ao-lula-um-julgamento-justo-diz-gilmar-mendes.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

"Distrito Federal: polícia apreende fogos em operação e passa vergonha nas redes sociais". Terça Livre, 2020. Disponível em: <https://www.tercalivre.com.br/df-policia-apreende-fogos-em-operacao-e-passa-vergonha-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

16. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA RESTRIÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A COVID-19

 https://doi.org/10.36592/9786587424286-16

Rafael de Lazari[1]
Daniel Colnago Rodrigues[2]

Introdução

Quando o Brasil foi democraticamente reconstitucionalizado em 1988, inúmeras foram as expectativas e inovações em torno da Lei Fundamental que então se promulgava. Em termos instrumentais, o Mandado de Injunção, o *Habeas Data*, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e, mais tarde (após a EC n. 3/1993), a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ganharam expresso assento constitucional no deliberado intento de que o povo brasileiro estivesse protegido contra todo tipo de pretensão autoritária, de onde quer que ela viesse (e contra qualquer que fosse seu verniz político-ideológico).

Talvez por pressa, talvez por estratégia, talvez por "*timing*" social, o fato é que alguns destes instrumentos (bem como direitos, aliás) acabaram presentes na redação final promulgada por Ulysses Guimarães sem maiores justificativas conteudísticas. No que tange à ADPF, o então parágrafo único do art. 102 da Constituição (hoje

---

[1]Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas "Saber Direito" e "Academia", na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com / ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9808-8631. Advogado, consultor jurídico e parecerista.
[2] Mestre em Direito Processual pela USP. Professor de Direito Processual Civil da Toledo Prudente Centro Universitário. Professor em diversos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Interesses Difusos e Coletivos. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado.

renumerado como §1º, graças à EC n. 3/1993, mas com redação mantida) dispunha que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente da Constituição, seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Ora, problema redacional algum haveria se o ordenamento pátrio tivesse conhecimento da "mecânica" da Arguição, tal como já o tinha em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo (desde 1965, mediante inclusão por emenda na Lei Fundamental de 1946): bastaria replicar a mecânica e adaptá-la ao novo momento. O problema é que a ADPF era algo absolutamente novo, tendo se limitado o constituinte a: *i)* definir o órgão competente para apreciá-la (STF); *ii)* dizer que não buscava inspiração para o instrumento em nenhum outro lugar do mundo, deixando claro se tratar de mecanismo genuinamente brasileiro (daí dizer o constituinte que a ADPF é "decorrente *desta* Constituição"); e *iii)* estabelecer a necessidade de regulamentação *infra*constitucional.

Típico caso de norma constitucional de eficácia e aplicabilidade limitada (algo com expresso reconhecimento jurisprudencial), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontrou seu sustentáculo normativo somente em 1999, com a edição da Lei n. 9.882. A ADPF parte de uma ideia bastante interessante, qual seja, a de que a Constituição tem certos vetores especialíssimos que se constituem em verdadeiros *preceitos fundamentais*, passíveis de definição pela autoridade julgadora no caso concreto. Ademais, como foram detectadas falhas em casos dúbios quanto ao cabimento de ADI, ADC, ADO, Recurso Extraordinário ou, mesmo, Reclamação Constitucional, pensou-se a ADPF como uma guarida última àqueles que têm um preceito fundamental violado.

O grande problema é que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem sido utilizada como medida pautadora de políticas públicas, algo que, por mais bem-intencionado que seja, pode representar risco de subversão a uma ordem constitucional que foi pensada pela repartição dos Poderes como forma de diluí-lo. Eis, aliás, o grande sentido existencial da repartição - no caso do Brasil - em Legislativo, Executivo e Judiciário: *diluir o poder* por partir-se, corretamente, da premissa que poder demais nas mãos de poucos causa corrosão institucional. Quando o Supremo Tribunal Federal passa a pautar constantemente políticas públicas, obliterando acordos político-institucionais assentados na Constituição (que, necessariamente, também devem envolver Congresso Nacional e Presidência da

República, considerando o âmbito federal), o órgão jurisdicional de cúpula da República brasileira passa a ter grande quantidade de poder gravitando em torno de si. Assim, é fundamental que "o Supremo Tribunal Federal não mate a Constituição para salvar a Constituição".

Que fique claro, portanto, que o objetivo deste singelo trabalho não é criticar o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (muito embora se reconheça que variados doutrinadores o façam por variados motivos). Por mais que a Lei n. 9.882 tenha falhas estruturais (o que ensejou, inclusive, sua impugnação via Ação Direta de Inconstitucionalidade), entende-se que, se usada com parcimônia, representa a ADPF importante fator de estabilização institucional, por impedir ou reparar fissuras que possam comprometer a integridade do texto constitucional de 1988.

A seguir se fará um estudo invertido, isto é, que parte de um caso prático em direção a pontuações teóricas que questionam equívocos na politização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em destaque, a ADPF n. 635, cuja decisão liminar prolatada pelo Supremo Tribunal Federal restringe, consideravelmente, operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia de Covid-19.

2 Entendendo o caso

O julgado que originou este estudo foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/RJ, de relatoria do Min. Edson Fachin. A ação foi intentada pelo PSB - Partido Socialista Brasileiro, impugnando os Decretos n. 27.795/2001 e n. 46.775/2019, ambos do Estado do Rio de Janeiro, por supostamente violarem os preceitos fundamentais da vida, da dignidade, da segurança e da inviolabilidade do domicílio[3]. O primeiro ato do Poder Público delibera sobre decolagens de aeronaves em operações de segurança pública, enquanto o segundo trata de indicadores estratégicos de criminalidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em apertada síntese, postulou-se a suspensão de atividades policiais em comunidades durante a epidemia de Covid-19 (salvo hipóteses excepcionais

[3] Sem prejuízo dos aludidos atos, também se faz menção a *omissões* do Poder Público do Estado do Rio de Janeiro, como a falta de planejamento das operações policiais, ausência de treinamento adequado e acompanhamento psicológico dos agentes de segurança, dentre outros.

justificadas por escrito pela autoridade competente, com comunicação ao Ministério Público, dado seu desempenho de controle externo da atividade policial)[4].

O plenário do Supremo Tribunal Federal, na verdade, referendou - por maioria - a decisão liminar da relatoria, que havia atendido em parte as postulações da Arguição (decisão liminar prolatada em 05/06/2020). Concisamente: *i)* indeferiu-se o pedido cautelar para obrigar o Estado do Rio de Janeiro a apresentar ao Supremo Tribunal Federal, no prazo máximo de noventa dias, um plano de diminuição da letalidade policial; *ii)* deferiu-se o pedido para que o uso de helicópteros em operações de segurança fosse restringido; *iii)* indeferiu-se o pedido para que os mandados de busca e apreensão domiciliar fossem os mais objetivos e precisos possíveis; *iv)* indeferiu-se o pedido quanto à presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais; *v)* deferiu-se o pedido para determinar que o Estado do Rio de Janeiro oriente seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação; *vi)* deferiu-se o pedido para determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida; *vii)* deferiu-se o pedido para que operações policiais sejam evitadas ao máximo possível, se próximas a estabelecimentos educacionais, postos de saúde, creches e hospitais; *viii)* indeferiu-se o pedido quanto

---

[4] Que fique claro que o rol de postulações foi amplíssimo, seja em sede cautelar, seja em sede definitiva, destacando-se: "*a) Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para a sua implementação. [...] b) Determinar que o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de utilizar helicópteros como plataformas de tiro ou instrumentos de terror, com a consequente suspensão da eficácia do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001, e reconhecimento da repristinação dos efeitos do art. 4° do Decreto Estadual n° 20.557/1994. [...] c) Determinar que os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ao expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, indiquem, da forma mais precisa possível, o lugar, o motivo e o objetivo da diligência, vedada a expedição de mandados coletivos ou genéricos. [...] e) Determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais. [...] k) Determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de backup*". Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/. Acesso em: 06 de setembro de 2020. p. 83-89.

a determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de cento e oitenta dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos; *ix)* deferiu-se o pedido para que a atividade investigativa passe ao Ministério Público sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal[5].

Analisando as pretensões da parte requerente, o propalado motivo é a situação pandêmica pela qual passa o país. Operações policiais nas favelas/comunidades em tempos nos quais as pessoas estão sendo estimuladas a ficarem em casa para se proteger da Covid-19 seria absolutamente paradoxal. Da leitura da inicial são feitas algumas menções a recentes tragédias em que efeitos colaterais em operações policiais acabaram por ceifar vidar inocentes, inclusive de crianças. Na fundamentação, ainda, se faz menção ao movimento "*Vidas negras importam!*" (em alusão ao norte-americano "*Black Lives Matter*"), à desproporcionalidade das operações policiais, ao racismo estrutural, bem como à "*necropolítica*".

As informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro aludem a erros de raciocínio na APDF manejada, bem como ao fato de que a suspensão/diminuição de operações policiais fortalecerá - ainda mais - o crime organizado[6].

Já o Supremo Tribunal Federal procurou cingir-se a aspectos organizacionais para estruturar sua decisão de referendo de liminar, partindo da Covid-19 para autorizar, em caráter excepcional e justificado, operações policiais, sujeitas a controles prévios, concomitantes e posteriores, ainda que, para assim proceder, tenha pautado políticas públicas em substituição a funções que, originariamente, deveriam competir ao Poder Executivo. Não foi nem uma decisão política, nem jurídica. Foi, sim, uma *decisão político-jurídica*.

---

[5] Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADPF n. 635/RJ - MC/Ref**. Rel.: Min. Edson Fachin. DJ. 18/08/2020.

[6] Convém reproduzir trecho: "*Há que se decidir, definitivamente, se o Estado criará ZONAS DE TOTAL EXCLUSÃO à atividade policial no Rio de Janeiro, acentuando ainda mais os abismos históricos já existentes, ou confiará aos atores constitucionais, consoante as regras de atribuição traçadas, o poder-dever de garantir a presença estatal na integralidade de seu território. Entende-se, como lugar comum, que a preservação da incolumidade das pessoas residentes em áreas sensíveis deve ser o azimute norteador da atividade policial nessas localidades, mas não se pode perder de vista que nesses locais, enquanto o Estado se vê proibido de acessá-los, esses mesmos cidadãos acabarão por ter que reconhecer nas organizações criminosas sua única referência de 'Autoridade'*". Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502. Acesso em 08 de setembro de 2020. s/n.

3 Criticando o "*modus operandi*" atual do Supremo Tribunal Federal (tomando por base o desacerto na decisão liminar prolatada na ADPF n. 635)

Para que se entenda a razão primordial para uma crítica ao Supremo Tribunal Federal, é fundamental compreender uma diretriz metodológica, qual seja, a de que os responsáveis pelo presente texto adotam uma *premissa tradicional* da Ciência Jurídica. Falar em "Ciência" Jurídica, aliás, remete, por si só, à tradicionalidade: o Direito deve ser compreendido como o conjunto de atos e procedimentos que atrelam a justiça à segurança jurídica, de modo que uma não "viva" sem a outra. Se é certo que o formalismo demasiado pode reduzir o Direito a um aparato burocrático e ineficaz, não menos correto é o fato de que o justicialismo exacerbado pode reduzir o Direito a um subjetivismo incontrolável. Entender o Direito como Ciência, pois, implica aceitar que, por inúmeras vezes, questões procedimentais mínimas não podem ser subjugadas por um mero estado de satisfação pessoal de quem nele atua. Negar tal fato equivale a admitir que se os procedimentos não produzem o resultado pessoalmente pretendido, então é caso de distorcer o procedimento para que o resultado pareça verdadeiro. Um Direito de resultados distorcidos é tudo ("*lacração*", "*achismo*", "*mágica*", "*ilusionismo*", "*malabarismo*" etc.), menos Direito.

É o que parece conduzir o Supremo Tribunal Federal nas suas recentes decisões, em especial naquela envolvendo a proibição/restrição, via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de operações policiais nas comunidades/favelas do Rio de Janeiro durante a Covid-19[7]. Tal decisão merece críticas em três pontos que serão vistos a seguir.

[7] Poder-se-ia elencar outras "esquisitices" recentes, com destaque: "*Inquérito das fake news*" (Inq. n. 4.871, em que a autoridade investigativa e a julgadora se fundem numa só); ADPF n. 402/DF MC-Ref (que legisla no sentido de que os substitutos eventuais do Presidente da República - o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal - ficarão unicamente impossibilitados de exercer, em caráter interino, a Chefia do Poder Executivo da União, caso ostentem a posição de réus criminais, condição que assumem somente após o recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime; essa interdição, contudo, não os impede de desempenhar a Chefia que titularizam no órgão de Poder que dirigem, razão pela qual não se legitima qualquer decisão que importe em afastamento imediato de tal posição funcional em seu órgão de origem); e ADO n. 26/DF (criminalização da homofobia e da transfobia, criando analogia de norma penal incriminadora).

3.1 ADPF e "*subsidiariedade às avessas*"

A um, porque a ADPF foi pensada como instrumento subsidiário (art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999), isto é, primeiro verifica-se se é o caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Reclamação Constitucional, dentre outros e, só então, invoca-se o remédio supletivo[8]. Essa técnica de "tapar buracos" no combate a inconstitucionalidades (e, em especial no caso da ADPF, também das não-recepções) denotou cristalino interesse de que a parcimônia fosse uma palavra a ser considerada ao decidir o aplicador do Direito pelo uso da Arguição. O instrumento de controle concentrado de constitucionalidade em estudo é, pois, medida de "*ultima ratio*"[9].

Ajuda a reforçar o argumento da parcimônia o fato de que a ADPF é uma ação com mais obstáculos a serem transpostos: enquanto na ADI, na ADC e na ADO basta demonstrar o objeto questionado em face do parâmetro adotado, na ADPF o peticionante deve demonstrar que o objeto questionado ofende um parâmetro que, de tão especial, se consubstancia preceito fundamental. Tudo isso, lembra-se, condicionado a um exame de admissibilidade feito única e inteiramente pelo Supremo Tribunal Federal acerca de configurar o parâmetro alegado um preceito *fundamental* ou não[10]. Pensando de forma prática, na ADPF o reconhecimento de um objeto viciado está necessariamente atrelado a um órgão que diga que o parâmetro é um preceito fundamental. Assim, se a Suprema Corte concluir pela inexistência de preceito fundamental, não há como dar prosseguibilidade à Arguição, exceto se for possível aproveitá-la como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

---

[8] Também, dentre tantos: "*Agravo regimental na arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ausência de subsidiariedade. Lei posterior à Constituição Federal de 1988. Existência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento*" (Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADPF n. 158 AgR/DF**. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJ. 19/11/2014).

[9] LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287.

[10] "*Essa caracterização invoca a etimologia do qualificador fundamental, no que significa base, alicerce, suporte sobre o que se edifica toda a estrutura subsequente. Dessa forma, a tarefa do intérprete, em cada caso, seria identificar no universo normativo constitucional se a norma que contempla refere-se à estrutura do Estado ou da sociedade. Como segundo passo, deve verificar se tal norma afigura-se de base para a estrutura a que se refere*" (ALMEIDA MELO, Carlos Antonio de. Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa, n. 145**, jan-março/2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/562/r145-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em 07 de setembro de 2020. p. 115).

O problema é que a ADPF parece viver, atualmente, um fenômeno de "*subsidiariedade às avessas*". E como isso funciona? Simples: tudo o que não for passível de ADI, ADC, ADO, Reclamação etc. poderá ser impugnável mediante uma Arguição de Preceito Fundamental[11]. Inclusive, políticas públicas! Nessa nova lógica de funcionamento, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se tornou o remédio mais poderoso de toda a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois permite ao Supremo Tribunal Federal controlar, rigorosamente, tudo. Para tanto, basta analisar o rol legal de objetos passíveis de impugnação por ADPF no art. 1º, *caput* e parágrafo único, I, da lei regulamentadora do instrumento: atos do Poder Público (e aqui entram, inclusive, decisões judiciais não transitadas em julgado não combatíveis por Recurso Extraordinário ou Reclamação, por exemplo), bem como leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, inclusive os anteriores à Constituição.

Verificando o raio de alcance de objetos possíveis, e cumulando com a subsidiariedade invertida atualmente a pairar em torno da Arguição, pode-se dizer que é vasto o mundo de possibilidades para que o Supremo Tribunal Federal dê a sua suposta "última palavra" em matéria constitucional.

3.2 ADPF e a distorção do processo constitucional objetivo

A dois, porque não se deve esquecer que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se insere em uma lógica de processo constitucional objetivo[12]. Diferentemente do processo constitucional subjetivo, em ações como ADI, ADC e ADPF, não há partes, mas meros interessados; as decisões não buscam satisfazer direitos subjetivos das partes, mas apenas apontar constitucionalidades, inconstitucionalidades, recepções ou não recepções; não se admite desistência da ação, nem recurso da decisão de mérito (salvo embargos de declaração), nem ação

[11] Como também observado: SILVA, Emília Maria Rodrigues da. O princípio da subsidiariedade indicado na lei regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa, n. 173**, jan-março/2007. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141328/R173-04.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em 8 de setembro de 2020. p. 62.

[12] Por honestidade acadêmica, em sentido contrário: "*A arguição de descumprimento de preceito fundamental possui natureza jurídica híbrida, mista ou ambivalente. Embora participe do controle concentrado, o debate constitucional que suscita busca desatar uma questão prejudicial, ocorrida ao longo da demanda, em sede de controle difuso*" (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 329).

rescisória; a decisão deve ser a mais impessoal possível, se restringindo a apontar defeitos no ato questionado, sem criar fatores de obrigação personalíssimos[13].

É certo que uma interpretação literal do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882, pode conduzir à noção de que todo tipo de decisão é possível em sede de ADPF. Diz a disposição *infra*constitucional que, julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, "fixando-se as condições" e o "modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental".

O Direito não pode, entretanto, ser interpretado em tiras, como já bem dito[14]. Não se pode esquecer que o âmbito de incidência da ADPF é o do controle concentrado de constitucionalidade[15], e que o sistema austríaco de controle pressupõe, inclusive, um distanciamento da Corte Constitucional para fora do Poder Judiciário, a fim de se afastar dos emaranhados políticos que uma decisão de matriz eminentemente constitucional pode ocasionar (o Supremo Tribunal Federal, como a devida vênia, não é uma Corte Constitucional genuína; não em termos *kelsenianos*, ao menos)[16].

3.3 ADPF e uso político do Supremo Tribunal Federal

A três, porque o Supremo Tribunal Federal parece estar sendo utilizado estrategicamente via ADPF.

---

[13] Em mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 223.

[14] Frase constante do voto do Min. Eros Grau, curiosamente prolatado em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (de n. 101): "*Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo - marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas*". Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf. Acesso em 09 de setembro de 2020. p. 3.

[15] Em mesmo sentido: DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 303.

[16] Pontua-se, ademais, que o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882 chegou a ser impugnado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADI n. 2.231/DF, de relatoria do então Min. Néri da Silveira (hoje, o Min. Dias Toffoli). Que fique claro, aliás: o Conselho Federal fez questão de frisar que impugnava toda a Lei n. 9.882/1999 e, "*em especial*", o art. 1º, parágrafo único; o art. 5º, §3º; o art. 10, *caput* e seu §3º; e o art. 11. Com relação a este art. 10, *caput*, a ADI n. 2.231 bem lembrou: "*A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, com jurisdição em todo o território nacional, decidir com 'eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público', 'fixando-se as condições e os modos de' ... 'aplicação do preceito fundamental' (ou seja, regulamentando-o) transforma suas sentenças (que não tenham por fim declarar a invalidade de atos) em atos legislativos, em afronta à divisão de Poderes (art. 2º da CF) e ao regime democrático (art. 1º da CF)*". Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1828554. Acesso em 07 de setembro de 2020. s/n). O então relator indeferiu a liminar no que tange a este dispositivo, e a ADI n. 2.231, manejada no ano 2000, até hoje carece de julgamento meritório.

A Constituição de 1988 trouxe extenso rol de legitimados ativos às ações de controle concentrado, ainda que seu julgamento se concentre, no âmbito federal, no STF. A pulverização de legitimados ativos para a ADPF, aliada ao processo eminentemente político de indicação dos guardiões da Constituição, tem deixado em zona dúbia a adjetivação da Corte em *política* ou *jurídica*. Exemplificativamente, se certo partido político, por menor que seja sua representação no Congresso Nacional, é derrotado em suas pretensões junto a certo processo legislativo que culminou na publicação de lei, postula junto ao Supremo Tribunal Federal uma pretensa inconstitucionalidade formal ou material, de modo que se busque desconstruir eventual acordo político (deliberação) que resultou na redação final. A Constituição Federal tem um sem-número de possibilidades que podem ser invocadas como parâmetros para ações do tipo.

Noutra ilustração, se determinada entidade de classe discorda da perda de algum benefício ou da criação de nova obrigação criada por lei, postula junto ao Supremo Tribunal Federal para que o diploma seja apontado como inconstitucional. Em questão final, obrigações de fazer podem ser impostas aos Poderes e instituições republicanas a partir de propaladas omissões inconstitucionais. Tudo, sempre, é uma questão de saber argumentar.

Indubitavelmente, urge que o STF comece a fechar as portas do Poder Judiciário para tentativas de burlar as regras do jogo mediante pretensas inconstitucionalidades ou descumprimentos de preceito fundamental. Ou, ao menos, que cesse com a prática de liminares/cautelares eternas, cuja apreciação do mérito fica condicionada à celeridade dos julgadores e à boa vontade de quem tem o poder de pauta.

Quando a Corte "morde a isca" e atende a postulações tais, diminui consideravelmente a legitimidade das demais funções republicanas e substitui-se, até mesmo, à vontade representativa. Como se sentem os 513 Deputados Federais e os 81 Senadores quando descobrem que um projeto de lei maturado por anos teve sua vigência suspensa por decisão liminar de 1 ou 11 Ministros? E o Presidente da República, quando é surpreendido por uma das tantas "*interpretações conforme*"? E os cidadãos, quando veem tantas "viragens" e "reviragens" jurisprudenciais, como na questão envolvendo a prisão como efeito automático de condenações em segunda instância?

A autocontenção do Supremo Tribunal Federal para questões políticas é extremamente salutar e necessária. Ao referendar liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental restringindo operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia de Covid-19, a Corte intervém perigosamente na política de segurança pública de um ente federativo, abrindo precedente para que isso se repita para mais ou para menos em situações futuras. Não se questiona, aqui, o mérito do que foi decidido propriamente dito, mas a decisão em si: atualmente, a composição da Corte tende ao garantismo, e por isso a decisão pautou-se pelo arrefecimento das operações policiais; em um futuro próximo, contudo, a composição pode tender ao intervencionismo determinando incursões policiais mais intensas. Em ambos os casos, as pessoas e os Administradores Públicos ficam sujeitas aos dissabores casuísticos, perfeitamente evitáveis caso fosse o Supremo Tribunal Federal pensado, pura e simplesmente, como um *órgão jurídico*.

Conclusão

O estudo aqui disposto buscou realizar análise eminentemente técnica acerca das possibilidades estratégicas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tomou-se como "estudo de caso" a ADPF n. 635, muito embora seu conteúdo, em si, não tenha sido o mais importante (não na abordagem aqui trazida, ao menos). O artigo poderia ter acenado pela inconstitucionalidade na decisão da Suprema Corte, partindo da necessidade de observância da reserva do possível em favor dos administradores ou do respeito ao direito à segurança pública (constante do art. 144, CF) em favor dos cidadãos prejudicados pela suspensão das operações policiais, como alguns exemplos.

Questionou-se, contudo, a forma como a ADPF tem sido utilizada, e como o Supremo Tribunal Federal tem aceitado (e até mesmo estimulado) isso: *i)* o que deveria ser uma utilização com parcimônia se converteu em "*subsidiariedade às avessas*" para todo tipo de caso que envolva algum ato do Poder Público não combatível por outro remédio específico (inclusive, políticas públicas); *ii)* há absoluta distorção, via Arguição, na lógica do controle concentrado, que deveria implicar processo constitucional objetivo; *iii)* o STF tem sido utilizado como meio de reverter derrotas corporativas ou políticas disfarçadas de pretensas inconstitucionalidades ou

violações a preceitos fundamentais. Para casos tais, a autocontenção se mostra como medida imperiosa apta a respeitar a separação de Poderes e a qualificação do Supremo Tribunal Federal como *órgão jurídico*. É isso o que o STF deve ser: um *órgão jurídico*, não custa repetir!

Referências

ALMEIDA MELO, Carlos Antonio de. Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa, n. 145**, jan-março/2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/562/r145-13.pdf?. Acesso em 07 de setembro de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

SILVA, Emília Maria Rodrigues da. O princípio da subsidiariedade indicado na lei regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa, n. 173**, jan-março/2007. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141328/R173-04.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em 08 de setembro de 2020.

Sobre os Autores/as Autoras

Adilson de Abreu Dallari
Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Conselho Científico da SBDP. Ex-secretário Municipal de Administração de São Paulo. Especialista em Direito Político Pela Faculdade de Direito da USP. Consultor Jurídico.

Adriano Soares da Costa
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Presidente de honra da IBDPub – Instituição Brasileira de Direito Público. Agraciado com a instituição de "Medalha Adriano Soares da Costa" pela Academia Catarinense de Direito Eleitoral; agraciado com a criação do Observatório de Direito Eleitoral Adriano Soares da Costa, da Faculdade de Direito Mílton Campos (MG). Advogado.

Alex Santiago
Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Orientador do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC/UFC). Atual Coordenador do Curso de Graduação em Direito da FD/UFC (2019-2022). Advogado criminalista.

Ana Maria D'Avila Lopes
Pós-doutorado sobre os direitos humanos das minorias e pessoas em situação de vulnerabilidade em: University of British Columbia (Centre for Feminist Legal Studies - 2001), University of Ottawa (Centre de recherche et d´enseignement sur les droits de la personne - 2001), York University (Osgoode Hall Law School - 2001/ 2002), Yale University (Yale Law School - 2008) e em The University of Auckland (Faculty of Law - 2009/2010). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ2).

Ana Regina Sica

Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e a Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo (ACRIMESP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UNIFMU. Especialista em Processo Civil pelo Centro de Extensão Universitária (CEU Law School). Advogada.

André Gonçalves Fernandes

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Filosofia e História da Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Filosofia pela Faculdade de São Bento (SP). Juiz de Direito (TJSP). Juiz Formador da EPM (Escola Paulista da Magistratura) e da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Membro da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Professor Visitante da Universidade de Navarra, Espanha. Professor-Coordenador de Filosofia e Metodologia Jurídica do CEU Law School (SP).

Ângela Vidal Gandra da Silva Martins

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (URGS). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Secretária Nacional da Família do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Advogada.

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra "Direitos da criança e do adolescente em face da TV" (Saraiva: 2011). Coordenador da Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça sobre Oitiva de criança vítima de violência (2018). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana

de Derecho de la Família y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS).

Daniel Colnago Rodrigues

Mestre em Direito Processual pela USP. Professor de Direito Processual Civil da Toledo Prudente Centro Universitário. Professor em diversos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Interesses Difusos e Coletivos. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado.

Eduardo José da Fonseca Costa

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal em Ribeirão Preto/SP. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (triênio 2016-2018). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual.

Gabriel Rodriguez Legati

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Assistente acadêmico da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS).

Glauco Barreira Magalhães

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA-CE). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Teologia pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito).

Ives Gandra da Silva Martins

Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-

Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa pelas Universidades de Craiova (Romênia), PUC-Paraná, PUC-Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO. Advogado.

João Lucas de Oliveira Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. Assessor Jurídico de Tributos. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Ex-Secretário-Geral da Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU), programa de extensão vinculado à Pró-Reitoria de Extensão (PREX) da Universidade Federal do Ceará (UFC), pelo qual foi membro-bolsista durante os anos de 2015 e 2016.

Larissa Maria de Moraes Leal

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Coordenadora para Direito de Família da Escola Superior da Advocacia Nacional (ESA- Nacional). Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Advogada.

Lênio Luiz Streck

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá (Colômbia) e de outras universidades internacionais. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

Lucas Silva Machado

Mestre e Bacharel em Direito pelo Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Delegado de Polícia Civil do

Estado do Ceará. Professor da Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP/CE).

Maria Helena Leiro Bancillon de Aragão
Mestranda em Direito pela UFPE. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada.

Mauro Fonseca Andrade
Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça/RS.

Michel Temer
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Presidente e Vice-Presidente da República. Foi Presidente do Congresso Nacional por duas vezes. Foi Presidente Nacional do MDB. Foi Procurador Geral do Estado de São Paulo. Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ).

Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa
Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bacharel em Direito pelo Centro de Estudos Unificados de Teresina. Professor efetivo da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Conselheiro Estadual da OAB-PI. Vice-presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PI. Advogado Criminalista.

Rafael de Lazari
Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília, SP. Doutor em Direito

Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo (PUC-SP). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília (PPGD-UNIMAR). Professor na Escola Superior de Advocacia, de Cursos de Pós Graduação e de Cursos preparatórios para concursos. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo.

Regina Beatriz Tavares da Silva

Pós-Doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Doutora em Direito e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia e de las Personas. Presidente Nacional e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Diretora de Relações Institucionais da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP (2018-2021). Sócia fundadora do escritório de advocacia Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

Roberto Paulino de Albuquerque Jr.

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Oficial de Registro de Imóveis em Salvador-BA.

Rogério Greco

Pós-Doutor pela Universitá Degli Studi di Messina (Itália). Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Formado pela National Defense University (William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies) (Washington - EUA). Especialista em Teoria do Delito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Membro do Ministério Público de Minas Gerais (1989 a 2019), eleito para o Conselho Superior do Ministério Público durante os anos de 2003, 2006 e 2008.

Venceslau Tavares Costa Filho

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco – UPE. Professor Permanente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UFPE. Membro da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Advogado.

Yuri Felix

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal.